



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO**

**ESCUELA DE POSTGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

Tesis presentada para optar el Grado Académico de Magister en  
Derecho con Mención en Civil y Comercial

**“LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL  
MEDICA”**

**PRESENTADA POR ABOGADA DORA MARIA OJEDA ARRIARAN**

LAMBAYEQUE, 9 de abril del 2013

# **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDICOS**

---

DORA MARIA OJEDA ARRIARAN

AUTORA

---

RENAN ARBILDO PAREDES

ASESOR

PRESENTADA A LA ESCUELA DE POSTGRADO DE LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE  
MAGISTER CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

APROBADO POR:

---

PRESIDENTE DEL JURADO

---

SECRETARIO DEL JURADO

---

VOCAL DEL JURADO

Lambayeque, 9 de abril del 2013

# DEDICATORIA

A DIOS QUE GUIA MI VIDA

A MIS PADRES QUE SIEMPRE ME INCULCARON EL AMOR AL  
ESTUDIO, VALORES Y SIN CUYA AYUDA NO LOGRARIA MIS  
OBJETIVOS

A MI ESPOSO POR SU AMOR Y COMPRENSION

A MIS HIJOS, RAZON DE SEGUIR MEJORANDO DIA A DIA

## **TABLA DE CONTENIDOS (INDICE)**

	<b>Pág.</b>
<b>DEDICATORIA</b>	<b>3</b>
<b>RESUMEN (ABSTRACT)</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCION</b>	<b>9</b>
<b>ANALISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO</b>	<b>11</b>
<b>MARCO TEORICO</b>	<b>14</b>

### **CAPITULO I**

#### **ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA y CONCEPTOS BASICOS**

<b>1. Antecedentes Históricos</b>	<b>15</b>
<b>2. Conceptos básicos de impericia, imprudencia, negligencia</b>	<b>18</b>
<b>3. La responsabilidad civil médica ¿naturaleza contractual o extracontractual?</b>	<b>20</b>
<b>4. La atención médica ¿obligación de medios o de resultados?</b>	<b>34</b>
<b>4.1 Antecedentes históricos</b>	<b>34</b>
<b>4.2 Distinción entre obligaciones de medios y de resultados</b>	<b>35</b>
<b>5. La responsabilidad civil del profesional ¿responsabilidad subjetiva u objetiva?</b>	<b>40</b>

<b>6. La Culpa Medica</b>	<b>47</b>
6.1. La culpa	47
6 .2. La culpa profesional	48
6.3. La culpa medica	50

## **CAPITULO II**

### **LA PRUEBA**

<b>1. Concepto, objeto y fin de la prueba</b>	
1.1.Concepto	53
1.2 Objeto de la prueba	55
1.3. Fin de la prueba	55
<b>2. Actividad probatoria</b>	<b>55</b>
2.1. Ofrecimiento	55
2.2. Admisión	56
2.3 Actuación	56
2.4. Valoración	56
<b>3. Clases de prueba</b>	<b>57</b>
3.1. Declaración de parte	57
3.2. Testimonial	57
3.3. Pericial	57
3.4. Documental	58
3.5. Inspección Judicial	59

## **CAPITULO III**

### **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA**

<b>1. Concepto</b>	<b>61</b>
<b>2. La Culpa Virtual</b>	<b>68</b>
<b>3. Importancia de la Historia Clínica en materia probatoria</b>	<b>70</b>
<b>4. Importancia del peritaje médico</b>	<b>73</b>
<b>5. Cargas probatorias dinámicas</b>	<b>74</b>
<b>ANALISIS Y DISCUSION DE RESULTADOS</b>	<b>78</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>80</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>81</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS</b>	<b>82</b>

## **RESUMEN**

Nadie duda que en la actualidad se presentan mayor cantidad de demandas de responsabilidad civil de los médicos, por una parte el rol de la víctima o de sus familiares ya dejó de ser un rol pasivo de modo que es común verlos recurrir a los tribunales; pero tampoco lo que nadie niega es que la dificultad probatoria es lo que muchas veces origina que no todos los casos lleguen a los tribunales o que las sentencias no sean favorables para la víctima o para el dañado.

Debemos partir de la premisa que esta responsabilidad es de naturaleza contractual, es una obligación de medios, y por lo tanto resulta de aplicación los artículos 1755 y siguientes del Código Civil.

La presente investigación plantea la incorporación en nuestro ordenamiento de las denominadas *cargas probatorias dinámicas* para facilitar la carga de la prueba, la que según esta teoría debe recaer en *quien esté en mejores condiciones de probar*.

Esta teoría que es de aplicación en España, Colombia y Argentina, entre otros trata de solucionar el desequilibrio en materia de carga de la prueba, la que

tradicionalmente recae en el dañado, ello no quiere decir que se coloca en situación de ventaja al perjudicado o su familia, sino que *reparte* en cada caso en particular la carga de probar.

### **ABSTRACT**

No one doubts that today are as much liability claims from doctors, on the one hand the role of the victim or his family and stop being a passive role so it is common to see them go to court, but nor what nobody denies is that the difficulty of proof is what often causes not all cases reach court judgments or not favorable to the victim or the injured.

We must start from the premise that this liability is contractual, is an obligation of means, and is therefore, articles 1755 and following of the Civil Code.

This research aims to integrate in our system of so-called dynamic loads to facilitate evidentiary burden of proof, which according to theory should lie who is best able to prove.

This theory is applicable in Spain, Colombia and Argentina, among other attempts to solve the imbalance in burden of proof, which traditionally falls on the damaged, this does not mean that is placed at an advantage to the injured or his family, but dealing in each particular case the burden of proof.



## **INTRODUCCION**

La responsabilidad civil es una de las ramas del derecho que más avances ha experimentado en los últimos años por la continua exposición de las víctimas y el desarrollo de la ciencia, relacionándose con otras ramas del derecho como el Derecho Ambiental, el Derecho de Consumo y el Derecho de Seguros, con los cuales comparte una filosofía y unos principios bastante comunes.

Muchas páginas por no decir cientos se han escrito sobre la responsabilidad civil de los médicos, las interrogantes que se presentan en el campo de la responsabilidad civil médica son las siguientes ¿la responsabilidad civil médica es de naturaleza contractual o extracontractual?, ¿implica una obligación de

medios o de resultado?, ¿es una responsabilidad subjetiva u objetiva?, y finalmente ¿sobre quien recae la carga de la prueba?.

Es bastante común no sólo en nuestro país sino a nivel internacional escuchar o leer que pocos procesos civiles instaurados ante una negligencia médica concluyen con una sentencia favorable, ello quizá -y en eso la doctrina es unánime- por la dificultad probatoria, pues la carga de la prueba recae en el demandante (el afectado o sus familiares) quienes no siempre cuentan con los medios probatorios para acreditar los hechos.

La presente investigación luego del análisis de la institución de la responsabilidad civil, específicamente en el campo de los médicos, busca proponer la necesidad de que en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos, se introduzca la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que se sintetiza en el hecho de quien debe probar es quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo.

Por ello se propone una modificación del artículo 196° del Código Procesal Civil necesaria para lograr el objetivo que se plantea, tomando como modelo las Cargas Probatorias Dinámicas contenidas en el Derecho Argentino y que en el presente caso se propone aplicar.

La autora

## ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

En cuanto a la ubicación del objeto de estudio se tiene que, tratándose de una problemática a nivel nacional, resulta de aplicación en todo el Perú.

El problema surge por cuanto la responsabilidad de los médicos (de los profesionales), se rige según nuestro Código Civil por las reglas de la prestación de servicios (artículo 1755 y siguientes) por lo que, quien debe probar los hechos ante una negligencia es el afectado o su familia (demandante), situación que resulta dificultosa porque los medios probatorios (historia clínica) se encuentran en manos del médico o del Centro Hospitalario (demandado), esto es lo que procesalistas clásicos llaman el principio “actor incumbit probatio” (al actor, le incumbe probar).

Tal como ya viene ocurriendo en otras legislaciones (España, Argentina, Colombia) se está aplicando las cargas probatorias dinámicas o inversión de

carga de la prueba, regla según la cual se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla; o bien aquella, conforme a cuyos parámetros la carga de la prueba incumbe –en principio- a quien pretende alterar el actual estado de las cosas, etc.-

A nivel internacional la aplicación de las cargas probatorias dinámicas, es básicamente en los casos referentes a responsabilidad profesional, lo cual es perfectamente aplicable, pues conforme a la teoría tradicional el paciente-víctima debía soportar la carga de prueba, arrastrando muchas veces la casi imposible empresa de develar los secretos del quirófano, o bien la de reunirse sin más con prueba idónea ante el acto profesional fallido.

Al respecto, se ha declarado que esta prueba de la culpa en los casos de responsabilidad que nos ocupa puede suponer un serio obstáculo para la justa reparación del paciente o cliente lesionado en sus intereses. En la práctica muchas veces esta difícil carga probatoria se convierte de facto en una sustancial inmunidad de médicos negligentes. Por ello es que en la actualidad se ha operado un cambio general...que procura invertir la carga de la prueba facilitando el acceso a una indemnización por parte del paciente-cliente.

Como ya lo ha establecido la jurisprudencia a nivel nacional e internacional se deja entrever la dificultad probatoria y que se ha ido inclinando muchas veces que se concluya con la falta de responsabilidad en las sentencias.

En cuanto a la metodología empleada, la presente investigación presenta una

metodología descriptiva – explicativa, haciendo un análisis histórico de los hechos para llegar a conclusiones basadas en la jurisprudencia nacional y extranjera y en el análisis de las normas pertinentes.

En cuanto a los métodos de investigación, en la presente investigación se han empleado principalmente dos: observación e inductivo.

El método de observación por cuanto se ha analizado las investigaciones realizadas del tema conjuntamente con las jurisprudencias nacionales o extranjeras.

Respecto al método inductivo este fue aplicado al momento de analizar las jurisprudencias.

## **CAPITULO I**

### **ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA y CONCEPTOS BASICOS**

## **CAPITULO I**

### **ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA y CONCEPTOS BASICOS**

#### **1. Antecedentes Históricos**

A través de la historia del derecho y de la medicina la responsabilidad del médico ha sido, en términos generales, admitida y sometida, a veces, a fórmulas de Talión. En la antigua Persia se autorizaba el ejercicio de la profesión después de haber tratado a tres enfermos -pobres- que no debían morir.

Había tres clases de médicos: los que curaban con plegarias -eran los más respetados-, los que utilizaban hierbas y los que recurrían a operaciones

cruentas; existía también una gradación en cuanto al honorario -que se abonaba en especie- y que podía ser un caballo, una vaca o una burra. El Código de Hamurabi condenaba a muerte al médico que, entre otras causas, no atendía con prudencia y cuidados necesarios, ocasionando daño al paciente, o bien se le cortaban las manos<sup>1</sup>.

En Egipto y Grecia se formaron colegios secretos y actuando conforme con las reglas y fórmulas admitidas, no se incurría en responsabilidad cualquiera fuera la suerte del enfermo; ello no era así si se apartaba de aquellas reglas, pudiendo el médico ser castigado con severas penas, aún con la muerte. En Egipto existían “colegios” en los templos de Heliópolis, Memphis y Tebas, entre otras ciudades; el papiro de Ebers (Museo Británico) menciona estudios médicos regulares atribuidos a Toth, el dios sabio.

En Grecia el origen mitológico se remonta al dios Apolo, los Asclepiades - descendientes de Esculapio- formaron comunidades médicas que se establecieron en las cercanías de los santuarios. En Atenas estaban expresamente prohibidos el aborto y la castración; abusar de la debilidad de las mujeres, y se sancionaba la violación del secreto, hasta que, con la escuela de Cos -Hipócrates- la medicina griega apoyada sobre un criterio racional y natural alcanza su mayor apogeo.

---

<sup>1</sup> YUNGANO, ARTURO RICARDO; Responsabilidad profesional de los médicos; Editorial Universidad; Buenos Aires, 1986, pag. 28.



En Roma se admitía que la relación médico paciente era una forma de arrendamiento de servicios que era a su vez, uno de los contratos consensuales, de uso frecuente, de gran utilidad práctica y en el cual no se exigía para su perfección formalidades especiales, pudiendo el consentimiento manifestarse por cualquier medio. En el arrendamiento de servicios se distinguía la *locatio operarum* de la *locatio operis*.

Dos publicitados procesos habidos en Francia en el siglo XIX marcaron las pautas de valoración para el juzgamiento de nuestra materia. En el primer caso, el Dr. Helie (1825) fue llamado a atender un parto distócito con presentación del hombro, al encontrarse con brazo derecho fuera de la vulva lo amputó sin intentar ninguna maniobra correctora. Al presentarse de inmediato el otro brazo en igual forma procedió también a amputarlo. Concluido el parto, el padre del recién nacido denunció el hecho ante el tribunal de Domfront el cual, previo dictamen de la Academia de la Medicina, sentenció que el médico había actuado “imprudentemente y con una precipitación increíble, no habiendo intentado ninguna maniobra obstétrica ni llamado a consulta” y condenándolo a pagar una indemnización vitalicia al menor.

El segundo caso ocurrió en 1832, el Dr. Thouret Noroy había practicado una sangría, detenida la hemorragia, colocó un vendaje, formándose con posterioridad una tumoración dolorosa. Al regresar el médico, dispuso la aplicación de pomadas locales, pero el paciente empeoró, negándose luego el profesional a volver a examinarlo. Otro médico diagnosticó

aneurisma arterio-venoso con lesión de la arteria braquial, a pesar de las ligaduras la infección gangrenosa desencadenada fue determinante de la amputación del brazo. Entablada la acción judicial el tribunal sentenció que existido “impericia, negligencia grave, falta grosera y olvido de las reglas elementales” y condenó al médico al pago de una indemnización vitalicia. El fallo fue confirmado por el Tribunal de la Casación ante el cual pronunció el fiscal Dupin su famoso dictamen que entre otros argumentos sostenía “.....*queda a cargo del Juez, en cada caso, determinar cuando alguien debe ser considerado responsable de un acto cometido en el ejercicio de su profesión.... Para que haya responsabilidad civil no es necesario buscar si existió intención; basta que haya habido negligencia, imprudencia, impericia grosera y por lo tanto inexcusable*”<sup>2</sup>.

## 2. Conceptos básicos de impericia, imprudencia, negligencia

Es necesario al respecto precisar los siguientes términos: **Impericia**: es la falta -total o parcial- de pericia, entendiendo por ésta la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina. Así, la realización de una intervención quirúrgica sin conocer adecuadamente las reglas técnicas, no indicar la terapéutica pertinente en post operatorio que cursa con estado febril; **Imprudencia**, es la falta de prudencia, es realizar un acto con ligereza, sin las adecuadas precauciones, la prudencia debe ser una de las virtudes médicas, pues es esencial que el médico ejerza su profesión con cordura, moderación,

---

<sup>2</sup> YUNGANO, ARTURO RICARDO; *idem.*, pag. 30.

cautela, discreción y cuidado, por ejemplo realizar una transfusión sin establecer los grupos sanguíneos, y **Negligencia**, es sinónimo de descuido y omisión, desde el punto de vista del derecho es la falta de diligencia (elemento de la forma de la culpa) debida o del cuidado necesario en un acto jurídico o en un hecho jurídico, por ejemplo no atar al paciente en la mesa de operaciones o en la camilla con la que se traslada después del acto quirúrgico a raíz de lo cual se cae y lesiona. La **imprudencia** y la **negligencia** son dos caras de la misma moneda: así será imprudencia dejar una pinza en la cavidad abdominal del paciente y negligencia no sacarla.

Olenka Wollcott<sup>3</sup> respecto a la responsabilidad médica señala: ... *los médicos al igual que cualquier otro profesional, están sometidos a los principios generales de la responsabilidad civil en tanto cometan daños en ejercicio de su profesión. Esto por supuesto, no importa desconocer que existen determinados aspectos en la materia que exigen una especial atención para el examen concreto de la situación planteada, como es, para citar uno que demanda gran interés, el relativo a la cuestión de la culpa profesional médica.*

Agrega que la incidencia sobre la vida y la salud ha llevado a Mosset Iturraspe a señalar que “Mientras en otras profesiones como los abogados, notario, contador, ingeniero o arquitecto, el objeto de la actividad requerida es de trascendencia puramente patrimonial, pleitos, escritura, balances,

---

<sup>3</sup> Woolcott Oyaque, Olenka; La responsabilidad civil de los profesionales, Ara editores, 583 páginas.

construcciones en la medicina, más allá de la repercusión económica de la muerte, la enfermedad o incapacidad se hallan en juego bienes que se sitúan fuera del comercio, inalienables e imprescriptibles; calificados como derechos de la personalidad, su salvaguarda o protección compromete el orden social. Como se observa es claro y merecible el elogio a los médicos por tan excelsa labor en la cual, es muy cierto, se ponen en juego bienes inapreciables económicamente; sin embargo, no podemos generalizar que en las otras profesiones, la actividad requerida tenga una significancia meramente patrimonial, porque la experiencia demuestra que en cualquiera de esos casos pueden tener lugar lesiones a intereses tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, basta citar no más como ejemplo, el caso de la violación del secreto profesional con respecto a cualquier profesión, lo que bien puede afectar el derecho a la intimidad de la vida privada y, acarrear de otro lado, perjuicios de índole pecuniario.

### **3. La responsabilidad civil médica ¿naturaleza contractual o extracontractual?**

La división de la responsabilidad civil en cuanto a su naturaleza si es contractual o extracontractual se encuentra duramente cuestionada por la doctrina moderna, el jurista peruano Yuri Vega Mere<sup>4</sup> refiriéndose a las diferencias normativas existentes entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, anota: “usualmente se ha

---

<sup>4</sup> VEGA MERE, Yuri; Breve Panorámica de la Responsabilidad Civil en el Derecho Peruano, Gaceta Jurídica, Tomo 70-B, pág. 9.

justificado la diversidad de tratamiento sobre la base de la existencia de una distinta fuente de la obligación.

Mientras que en el caso del surgimiento de la llamada responsabilidad contractual nos encontramos ante una relación específica entre acreedor y deudor que impone a éste el deber de cumplir una prestación, cuyo incumplimiento causa daño al acreedor (en verdad a su interés), en el caso de la responsabilidad aquiliana (extracontractual) el agente causante del daño no está vinculado con la víctima. Su obligación nace a partir del daño, no antes.

En el incumplimiento contractual es el propio contrato el que influye en la extensión del deber de indemnizar al acreedor, aún cuando se trate de una obligación diversa al deber de prestación, pues inclusive en el acuerdo puede encontrarse regulada la graduación de la culpa. Ello, en cambio, no ocurre en la responsabilidad extracontractual, en la que no hay pacto previo ni la culpa admite graduaciones, precisamente porque no existe relación alguna entre la víctima y el dañador”.

El cuadro comparativo adjunto nos lleva a reflexionar sobre si el resulta justo (o racional) contar con dos sistemas de responsabilidad civil, cada uno con sus propias reglas, cuando en verdad lo relevante es contar con un instrumentario jurídico que permita al dañado hacer efectivo su derecho a indemnización.

**DIFERENCIAS ENTRE LAS (DENOMINADAS) RESPONSABILIDAD CIVIL  
CONTRACTUAL Y LA EXTRA CONTRACTUAL**

	<b>CONTRACTUAL</b>	<b>EXTRA CONTRACTUAL</b>
<b>Factores de Atribución</b>	<b>Subjetivo</b> (art. 1321 c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1314 c.c.) <b>Objetivo</b> (art. 1315 c.c.) caso fortuito o fuerza mayor	<b>Subjetivo</b> (art. 1969 c.c.) dolo o culpa <b>Objetivo</b> (art. 1970 c.c.) Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos
<b>Graduación de la Culpa</b>	<b>Culpa inexcusable</b> “negligencia grave” (art. 1319 c.c.) <b>Culpa leve</b> “omisión de diligencia ordinaria” (art. 1320)	<b>Culpa</b> (art. 1969)
<b>Relación de causalidad</b>	<b>Causa próxima</b> “consecuencia inmediata y directa” (art. 1321 c.c.)	<b>Causa adecuada</b> (art. 1985 c.c.)
<b>Carga de la prueba</b>	Dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (art. 1330 c.c.) Se presume la culpa leve (art. 1329 c.c.)	Se presume el dolo y la culpa (art. 1969 c.c.) El descargo corresponde al dañante.
<b>Intervención de Terceros</b>	El deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale. Salvo pacto en contrario (art. 1325 c.c.)	Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y que actúa bajo sus órdenes (art. 1981 c.c.)
<b>Daños resarcibles</b>	Daño emergente, lucro cesante (art. 1321 c.c.) y daño moral (art. 1322 c.c.)	Las consecuencias que deriven (daño emergente) lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 c.c.)
<b>Prescripción</b>	10 años (art. 2001 inc. 1)	2 años (art. 2001 inc. 4)

Juan Espinoza Espinoza<sup>5</sup> señala que la discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se torna bizantina por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño sino como solucionar sus consecuencias. No importa el agente dañoso sino el dañado. Añade, además que “nunca hemos encontrado justificativo que explique el porqué, de un mismo hecho dañoso, que puede generar un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad distintos, con cobertura de daños distintos”.

La distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual básicamente según Juan Espinoza Espinoza<sup>6</sup> citando al italiano Fatti Illeciti Franzoni, respondía a exigencias de una economía prevalementemente agrícola y representaba un punto de mediación entre los intereses de los propietarios y los comerciantes; en la actualidad “las diferencias ontológicas de las dos responsabilidades se reconducen a un perfil mínimo: la presencia o la falta de una obligación preexistente. Por consiguiente el diverso régimen de las fuentes de las obligaciones es la única diferencia relevante, incluso en el plano sistemático. Se ha constatado, en efecto, que desde el punto de vista funcional su finalidad es común: en ambas, la finalidad es la de ejercer un control cualitativo sobre la circulación de la riqueza, de tal manera, que permita una distribución equitativa de los recursos a través del resarcimiento del daño.

---

<sup>5</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 30, Marzo del 2001, pag. 61 y ss.

<sup>6</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *idem.*, pag. 64.

Sin embargo, aún siguiendo -como hace el formante legislativo nacional- la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, conviene aclarar que nuestro Código Civil, en cambio utiliza un criterio de distinción diferente: la relación obligatoria.

En tal sentido en el capítulo relativo a *inejecución de las obligaciones* comprende la lesión de crédito de todas las relaciones obligatorias, sean éstas de fuente contractual como de fuente no contractual. La responsabilidad extracontractual supone entonces la violación del deber general de no causar un daño a otro (o los hechos lesivos de los intereses jurídicamente tutelados en la vida de relación) dentro de este orden de cosas debería hablarse con mayor precisión de “responsabilidad obligacional” y de “responsabilidad no obligacional”<sup>7</sup>

Es necesario anotar que la tendencia doctrinal a nivel europeo (Francia y España) es a unificar la responsabilidad civil sin considerar su origen contractual o extracontractual.

Por su parte Luciano Barchi Velaoachaga<sup>8</sup> tratando sobre esta distinción señala “tradicionalmente la responsabilidad civil se distingue en responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. La terminología invita rápidamente a suponer como criterio distintivo al

---

<sup>7</sup> BARCHI VELAOCHAGA, Luciano: Responsabilidad civil en la atención médico quirúrgica de emergencia, Diálogo con la Jurisprudencia N° 22, Julio 2000, pág. 40.

<sup>8</sup> BARCHI VELAOCHAGA, Luciano; idem., página 39.



contrato. Así, la responsabilidad contractual supone una lesión al crédito que es contenido de una relación obligatoria originada por un contrato entre el deudor lesionante y el acreedor lesionado.

Lizardo Taboada Córdova<sup>9</sup> señala que durante muchísimo tiempo se debatió arduamente en la doctrina de los diferentes sistemas jurídicos el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños. Según el criterio tradicional deben mantenerse como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro.

Y es este justamente, la posición actual del Código Civil peruano que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. Por el contrario la doctrina moderna y desde hace mucho tiempo es unánime en que la responsabilidad civil es única y que existen solamente algunas diferencias de matiz entre ambas, no obstante nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional, sin que ello sea impedimento para que se entienda la responsabilidad civil como una sola y que tiene dos aspectos distintos, siendo su diferencia esencial en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.

---

<sup>9</sup> TABOADA CORDOVA, Lizardo; Elementos de la Responsabilidad Civil, Editorial Grijley, 135 páginas.

En materia de responsabilidad civil médica en la actualidad es criterio pacífico y virtualmente unánime en la doctrina extranjera y nacional considerar la responsabilidad emergente de la relación médico paciente como de naturaleza contractual, sea cual fuere la esencia que se asigne a dicha relación.

Surge la siguiente interrogante ¿que vía utilizar en el caso de daños por el ejercicio de la actividad profesional?, al respecto como ya lo he señalado la doctrina a nivel internacional y nacional es unánime cuando señala que nadie discute que la responsabilidad es contractual, considerando que el contrato que une al paciente y al médico presenta unas características sui generis que le permiten compartir a veces compartir la naturaleza jurídica del mandato.

La terminología definidora de la relación contractual entre el médico y el paciente ha ido presentado otras peculiaridades surgidas de otras tantas teorías acerca de su naturaleza jurídica, algunas lo han calificado como contrato de actuación médica, contrato de servicios médicos entre otros calificativos. Hoy día la teoría más aceptada es la de arrendamiento de servicios (locación de servicios en nuestra legislación) en la que la obligación primordial que asume el médico, es una obligación medios y no de resultados, si bien con la matización de que en ocasiones puede convertirse en un arrendamiento de obra (contrato de obra) cuando la

intervención profesional del médico persigue un fin concreto que no se orienta estrictamente a procurar al enfermo<sup>10</sup>.

En el Perú el contrato con el médico asume la forma de uno de prestación de servicios, regulado en los artículos 1755 y siguientes del Código Civil, en sus modalidades de locación de servicios, por lo general, y de contrato de obra, en casos excepcionales<sup>11</sup>

Al respecto, jurisprudencia española señaló “....a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, la jurisprudencia en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal de hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica, insuficientes para la curación de determinadas enfermedades y finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual”<sup>12</sup>.

Es oportuno indicar que Sergio Yepes Restrepo<sup>13</sup> haciendo un análisis de la evolución jurisprudencial en cuanto a la responsabilidad civil médica en el mundo, cita al fallo “Mercier” dictando en Francia en 1936, en cuya sentencia se señaló que la responsabilidad médica se enmarcaba en el

---

<sup>10</sup> LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, Javier; El Consentimiento Informado y la Responsabilidad Civil Médica, página virtual, España.

<sup>11</sup> SEDANO VASQUEZ, Duncan; La responsabilidad civil médica en el Perú; Revista Jurídica del Perú, N° 36, página 108.

<sup>12</sup> LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, Javier; idem.

<sup>13</sup> YEPES RESTREPO, Sergio; PARALELO ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN EUROPA Y COLOMBIA, publicada en la revista virtual REVISTA MEDICO LEGAL, WWW.RMV.COL.

ámbito contractual -fallo que fue determinante para futuras decisiones judiciales- y que el médico se obligaba a colocar en pro de su paciente cuidados atentos y acordes con los datos adquiridos de la ciencia, fundamentando su obligación medios, fallo que al poco tiempo fue fundamento de otro similar en la República Colombiana, y que no hace sino afirmar la similitud del tratamiento de la responsabilidad civil médico en nuestra legislación.

Para Olenka Woolcoott<sup>14</sup> la circunstancia de que en el ejercicio de la medicina se cometan más daños que recaen sobre bienes tutelados por normas de orden público (vida, integridad física, por ejemplo), la que ha influenciado en la mente de algunos autores para sostener que la responsabilidad de los médicos puede ser extracontractual, no obstante mediar una relación contractual.

La responsabilidad extracontractual de los médicos es defendida en Argentina por Borda, para quien la responsabilidad de estos profesionales de la medicina no surge de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, alegando entre otros argumentos los que referimos líneas inmediatas anteriores.

La indicada autora no comparte esta tesis por cuanto es razonable que si el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, la responsabilidad sobreviviente ha de ser de esta

---

<sup>14</sup> WOOLCOOT OYAGUE, Olenka; ob. Citada, pag. 341.

naturaleza. Fue precisamente respecto de la responsabilidad civil de los médicos donde quizá operó primero la evolución doctrinaria y jurisprudencial, que pasó de la afirmación de la naturaleza extracontractual de la misma al reconocimiento de su naturaleza contractual.

Sin embargo, no se puede negar que existen determinados supuestos en los que la responsabilidad de los médicos sí sería extracontractual. Esto resulta así cuando el daño generado por el médico no haya tenido lugar al interior de una relación contractual, de esta manera por ejemplo sería un caso de responsabilidad extracontractual (como la doctrina lo señala) si una persona se desmaya en la vía pública, donde ni inmediata o mediatamente el interesado requirió los servicios profesionales siendo entonces atendido por un médico que pasaba por allí, en este supuesto no hay contrato, y que la víctima es atendida en la calle como consecuencia de un atentado a su integridad psicofísica, inconsciente y desangrándose, el médico tiene la obligación legal -no contractual- de atender al herido.

Llambias, citado por Olenka Woolcoot<sup>15</sup> ha señalado que sería ilógico someter a distinto régimen al mismo acto de la culpa médica, según sea que al paciente o un pariente suyo hubiere intervenido espontáneamente por el imperativo legal, pues, al parecer al citado autor, la razón de urgencia puede influir para apreciar si ha habido culpa médica, pero

---

<sup>15</sup> WOOLCOOT OYAGUE, Olenka; ob. Citada. Pag. 343.

admitida que la hubo, ya no se justifica un tratamiento legal diferente en ambas situaciones, siendo de lo que se trata, regular el incumplimiento de una misma obligación de atender al enfermo convenientemente y con arreglo a las indicaciones de la ciencia médica.

Entre los supuestos especiales en que no media convención entre profesional y beneficiario del servicio, se puede mencionar:

- a) Cuando el servicio se presta sin requerimiento del favorecido con el médico o a solicitud de tercero a una persona desmayada o atropellada.
- b) Cuando aún contra la voluntad presunta del beneficiario (caso del suicida que recibe socorro de un facultativo).

Finalmente la autora señala que determinar cuando un supuesto de daño genera responsabilidad civil contractual o extracontractual es un tema que ha constituido materia de discusión entre los autores en el vasto campo de la responsabilidad civil en general, frente a lo cual el específico ámbito de aplicación conformado por la actividad profesional no ha sido una excepción.

Tomada como punto de partida la bifurcación de responsabilidades, se observa en los diversos pronunciamientos una implacable tendencia a favorecer a la parte profesional, en la medida que se ha buscado constantemente la aplicación de régimen de responsabilidad que resulte menos atentatorio del status profesional, alegándose argumentos poco o

nada serios, los mismos que la orientación del pensamiento contemporáneo descarta por carecer de toda lógica.

No debe olvidarse que el profesional -cuya relación es de origen contractual- tiene los siguientes deberes para con su cliente:

- a) el deber general de la prudencia común.
- b) los deberes concernientes a las técnicas profesionales propiamente dichas.
- c) los deberes generales que vienen a conformar lo que podríamos llamar “humanismo profesional”.

La infracción de cada uno de estos deberes genera culpa en quien incurre en ella.

En conclusión, y pese a todas las matizaciones que existen y que al respecto puedan indicarse, se afirma que la **relación entre el médico y el paciente tiene una naturaleza contractual que en la medicina curativa o de medios se acerca a la figura de locación de servicios y en la medicina satisfactiva o de resultados, el contrato es de obra.**

Así tenemos que en el expediente N° 175-7-97 expedido por una Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, se estableció *“La prestación de un servicio médico específico, tiene su origen no en una responsabilidad extracontractual sino en una relación de naturaleza*

*obligacional, por lo tanto, la vigencia del derecho de acción se fija en 10 años por tratarse de una acción personal”<sup>16</sup>*

Sin embargo, es importante mencionar que existen jurisprudencias que señalan lo siguiente: “puesto que la lesión de la integridad personal del paciente ocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional configura una hipótesis típica, en la cual el cruce en el interés (positivo de la prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título”<sup>17</sup>.

En la jurisprudencia nacional se cuenta con un precedente en el que, partiendo de la compatibilidad de los dos regímenes en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos, se adopta la **posición de la opción**, aplicándose el artículo 1969 del Código Civil (responsabilidad extracontractual subjetiva). El caso fue el siguiente: Dionicio Ramos Luza internó a su menor hija Lorena en la Clínica Arequipa, la cual presentaba una “tumoración de parótida y neurofibroma”. El Dr. Víctor Tejada Gutiérrez le practicó una intervención y le ocasionó una “paresia facial derecha” lo cual se comprobó en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas. En primera instancia se condenó tanto al doctor como a la Clínica. En apelación sólo se condenó al doctor, excluyendo a la clínica y se fijó el monto indemnizatorio en ochenta mil

---

<sup>16</sup> Jurisprudencia citada por GASTON FERNANDEZ CRUZ en Tomo 1 de Diálogo con la Jurisprudencia.

<sup>17</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; idem. Pag. 66.



nuevos soles. El fallo señaló: *“una zona intermedia entre ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro”*.

Se observa así a un Juez más permeable a tutelar efectivamente al agente dañado y que no se deja seducir (irreflexivamente) frente a modelos legislativos correspondientes a otra realidad. Ello constituye un ejemplo para que los operadores jurídicos vean mas allá de la literalidad de los dispositivos legales y se embarquen en nuevos horizontes interpretativos<sup>18</sup>.

Esta tendencia no sólo debe ser seguida en materia de responsabilidad civil de los profesionales. La experiencia comparada no enseña que “La Convención de Varsovia de 1929 y la Convención de Bruselas de 1961 sobre el transporte de pasajeros unifican las acciones de responsabilidad; la Directiva Comunitaria en materia de productos defectuosos es prevalementemente favorable por la responsabilidad extracontractual y en Francia se ha tratado de acercar los dos sistemas”<sup>19</sup>.

Ello también ha sido considerado así por Olenka Woolcoott<sup>20</sup> quien indica que no es posible adoptar una posición única, pues en efecto la vida diaria misma así lo revela. No es igual que un afectado por tuberculosis convenga con un profesional el método o tratamiento más adecuado para

---

<sup>18</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *idem*, pag. 64.

<sup>19</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; *idem*, pag. 65.

<sup>20</sup> WOOLCOOTT OYAGUE, Olenka; *ob. Citada*, pag. 227.

recuperar la salud, que un accidentado en la vía pública sea atendido en un puesto de socorro por un médico al que no conoce y con quien no cambia una sola palabra previa. Tampoco es igual el caso de una mujer que debiendo ser intervenida quirúrgicamente estipula las condiciones de la operación con el cirujano de su confianza, que el caos de la mujer que alumbró imprevistamente y es atendida por un partero de las inmediaciones llamado de urgencia, vemos pues que el hecho dañoso puede darse en ejecución de un contrato tanto como fuera de él, y que el contexto en que se presenta va a determinar que en un caso pueda generar responsabilidad civil contractual, mientras que en el otro, la responsabilidad será extracontractual.

#### **4. La atención médica ¿obligación de medios o de resultados?**

##### **4.1 Antecedentes históricos**

La doctrina distingue entre obligaciones de medios y de resultados, entonces, ¿en que tipo de obligación nos encontraríamos ante una asistencia médica?, al respecto, ya Aristóteles en su *Ética Nicomachea* en el Siglo IV a.c. en el caso de acto médico, señala que el fin es prácticamente indiscutible desde el punto de vista profesional, Aristóteles lo pone de ejemplo y dice *no delibera el médico sobre si curará, el fin es siempre el bien del paciente, que en la ética hipocrática se expresa como la beneficencia y al mismo tiempo la no maleficencia, que son la forma positiva y negativa de enunciación del mismo contenido, por ello se establece que se delibera sólo acerca de los medios*<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> ANDREAU DE BENNATO, Mirtha; Los Principios bioéticos en la toma de las decisiones médicas, [www.bioetica.org](http://www.bioetica.org).

La clasificación de las obligaciones, en función al tipo de cooperación debida, en obligaciones de medios y de resultado, ha sido ampliamente difundida por la doctrina francesa e italiana de mediados del presente siglo, iniciada a partir de René Demogue y compartida por autores tan calificados como Josserand, los hermanos Mazeaud, Tunc, Messineo, Cattaneo, Bonassi Benucci, Mengoni, Betti, así como la casi totalidad de la doctrina española (entre los que destacan Díez Picazo, Hernández Gil, Santos Briz, Jordano Fraga y La Cruz Berdejo) entre otros.

#### **4.2 Distinción entre obligaciones de medios y de resultados**

Bianca señala que las obligaciones de medios serían aquellas en donde el deudor queda sujeto a desenvolver una actividad prescindiendo de la consecución de una determinada finalidad, mientras que obligaciones de resultado serían en cambio aquellas en donde el deudor queda constreñido a realizar una determinada finalidad, prescindiendo de una específica actividad instrumental. Típica obligación de medios, es por ejemplo aquella del médico, el cual está obligado a prestar la propia obra pero no a curar al paciente y en general la de profesional<sup>22</sup>.

En las obligaciones de medios se aplicaría la regla de la responsabilidad por culpa (el deudor no es responsable si se ha comportado diligentemente), mientras que en las obligaciones de resultado se aplicaría en cambio la regla de la responsabilidad objetiva: la diligencia

---

<sup>22</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón; Responsabilidad Civil Médica, Tomo 1 Gaceta Jurídica.

empleada por el deudor es irrelevante, porque lo único debido es el resultado.

Duncan Sedano Vásquez<sup>23</sup> señala: tal distinción se plantea especialmente a propósito de las relaciones obligatorias con prestación de hacer, no obstante, tal distinción comprende también las relaciones obligatorias con prestación de dar y de no hacer, aunque en ellas “no se plantea la disyuntiva que surge cuando la obligación es de hacer”.

El caso del médico es, sin duda, el ejemplo arquetípico en la doctrina, de prestación de actividad o de medios. En tal sentido Jordano (citado por el autor) dice: “el médico cumple su obligación cuando desarrolla o despliega el conjunto de curas y atenciones, en las fases diagnósticas, terapéutica y recuperatoria, que son exigibles de un profesional o especialista normal, en las circunstancias del caso, además de atender en todas ellas las exigencias de la deontología profesional” y luego añade “habiendo desplegado esas curas y atenciones, el médico cumple, pues es éste el contenido de su prestación, aquello a lo que se obliga, aunque el paciente no haya sanado, no se recupere en su salud, no obtenga la curación apetecida. Es el conjunto de curas litigantes -técnicamente correctas- lo que el médico debe, y no la curación o sanación, a la que ciertamente, tales curas se encaminan. En tal sentido las curas y atenciones de los medios y la curación el resultado”.

---

<sup>23</sup> SEDANO VASQUEZ, Duncan; La responsabilidad civil médica en el Peru, Revista Jurídica del Perú N° 36, página 105.

Existe jurisprudencia española de la Corte Suprema (Sentencia del 25 de abril de 1994) que señala *“Que no obstante parece ya llegado el momento de intentar una aproximación al contenido de la aludida obligación de medios a emplear por el médico, obligación que sin ánimo de agotar la materia, puede condensarse en los siguientes deberes imputables al mismo: a) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en donde se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se rija por la denominada **lex artis ad hoc**, es decir en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, teniendo en cuenta las especiales características del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado de intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho califica como propia del mayor esfuerzo”*<sup>24</sup>.

El argentino Alberto J. Bueres<sup>25</sup> indica que esta distinción es vital, pues en los aspectos procesales inherentes a la prueba de la culpa -en obligaciones de medios- son contingentes: el actor ha de demostrar la

---

<sup>24</sup> LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, Javier; *idem*.

<sup>25</sup> BUERES, ALBERTO J.; *Derecho de Daños*, Editorial Hammurabbi, 617 páginas.

culpa o ésta puede presumirse iuris tantum -poniendo al demandado en situación de dar la prueba de la no culpa-. Pero lo realmente importante y sustantivo del distingo es la diversidad en el factor de atribución: *culpa* en las obligaciones de medios y *responsabilidad objetiva* en las obligaciones de fines.

El destacado jurista continúa: en los últimos años se ha escrito mucho sobre las obligaciones de medios y de resultado, y citando a Atilio Anibal Alterini, señala que coincide en algunos aspectos esenciales como:

- Es admisible la categoría de las obligaciones de medios y de resultado.
- La no culpa -cualquiera sea su significado- es una entidad distinta del caso fortuito.
- En la actualidad se impone una mayor flexibilidad -con respecto a los moldes tradicionales- en la prueba del factor de atribución.

Respecto a este punto, Luciano Barchi Velaochaga<sup>26</sup> señala que debemos revisar el Artículo 1755 del Código Civil, el que señala:

*“Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente”*

Parece claro que nuestro Código Civil considera que puede ser contenido de la prestación de servicios o bien los servicios mismos o bien el resultado de dichos servicios. Así, el contrato de locación de servicios

---

<sup>26</sup> BARCHI VELAOCHAGA, Luciano; *idem*, pág. 37.

generaría una obligación de medios y el contrato de obra constituiría una obligación de resultados.

En tal sentido, añade Barchi, cuando la obligación es de resultados el deudor cumple sólo con la obtención del “opus” (obra), en el caso de las obligaciones de medios el deudor cumple con el despliegue de una actividad diligente aunque no se alcance el contrato “opus”. Así, la prestación de hacer puede configurarse de distintas maneras: como obligación de medios o como obligación de resultado.

Barchi agrega<sup>27</sup>: el criterio decisivo para precisar cuando una obligación es de actividad o de resultado es la voluntad de las partes, por tanto, si en un contrato de servicios médicos, el médico garantiza la plena curación del enfermo, la obligación se configuraría como de resultado. Cuando las partes no precisan si la obligación es de medios o de resultados, la doctrina ha establecido una serie de criterios, o incluso, se ha establecido un elenco de las principales obligaciones de medios y resultados. El criterio más invocado por la doctrina es el carácter aleatorio del resultado (donde no hay riesgos hay obligación de resultados) así, si la consecución del resultado es aleatoria la obligación es de medios, de lo contrario será de resultados (como la medicina satisfactiva: cirugía estética).

Finalmente debo señalar que el médico no responde del mal resultado de su actuación, puesto que cada persona reacciona de forma diferente ante

---

<sup>27</sup> BARCHI VELAOCHAGA, Luciana; idem, pag. 48.

un mismo tratamiento. El médico si responde por no actuar conforme a las normas de su especialidad y por no poner a disposición del enfermo todos los medios de diagnóstico, tratamiento y curación existente en el lugar y además por no actuar con diligencia, prudencia y pericia exigibles a un médico, excepcionalmente si responde por el resultado si la medicina es satisfactoria, no curativa.

## **5. La responsabilidad civil del profesional ¿responsabilidad subjetiva u objetiva?**

Respecto a este punto Juan Espinoza Espinoza<sup>28</sup> señala que si se sigue el criterio incompatibilidad entre la responsabilidad contractual y extracontractual, asumido por la legislación, se llegará a la conclusión que la responsabilidad civil del profesional, por haber incumplido una obligación preexistente, es contractual. De ello parte la preocupación de cierto sector de la doctrina de la “existencia de un desequilibrio en la relación jurídico entablada profesional-beneficiario del servicio”.

En tanto sentido, existe una jurisprudencia en la cual frente a la demanda de un paciente contra una clínica y el médico anestesista por haber producido en el paciente paraplejia, debido a que se le afectó la médula al aplicársele la anestesia, la sala dispuso:

*“La despreocupación por la salud del paciente, con muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad, constituyen una violación*

---

<sup>28</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan; idem, pag. 65.



*de los deberes médicos configurados en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia del paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica, causante de daños culposamente ocasionados que configuran la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual”*

Un sector de la doctrina nacional, a propósito de la responsabilidad civil médica, sostiene que si el galeno presta sus servicios dentro de una estructura sanitaria, se configura un supuesto de hecho de “responsabilidad civil contractual indirecta del establecimiento asistencial por los hechos dolosos o culposos de los terceros, es decir, los médicos y el personal especializado, de los cuales se vale el deudor, esto es, el establecimiento asistencial para ejecutar la obligación” el cual se encuentra regulado en el artículo 1325 del Código Civil (*el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario*).

Gastón Fernández Cruz<sup>29</sup> señala que a fin de determinar el tipo de responsabilidad es necesario tener en cuenta que si la obligación es de medios, por ejemplo el médico está obligado a prestar “la propia obra”, aplicándose la regla de la responsabilidad por culpa (el deudor no es responsable si se ha comportado diligentemente), mientras que en las obligaciones de resultado se aplicaría en cambio la regla de la

---

<sup>29</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón; Responsabilidad Civil Médica, Publicada en Diálogo con la Jurisprudencia N° 01.

responsabilidad objetiva: la diligencia empleada por el deudor es irrelevante, porque lo único debido es el resultado.

Sin embargo, agrega que la doctrina moderna señala que no es un diferente tipo de prestación a realizar (de medios o de resultado) sino, un diverso grado de colaboración exigido por el tipo de objeto o resultado involucrado en el deber central. Así, en las mal llamadas obligaciones de medios, el grado de colaboración exigido, gira en torno a la propia conducta del deudor: como el resultado esperado por el acreedor depende del control que el propio deudor tenga de su conducta, se le exige un grado de diligencia tal, que vigile el desenvolvimiento de su propia conducta. Por ejemplo, en la obligación quirúrgica, el resultado debido es la operación exactamente ejecutada por lo que entonces, lo que el acreedor espera no es la cura de su enfermedad o defecto, sino que el médico le mejore sus posibilidades de salvamento, lo que constituye siempre un resultado, distinto al de la cura de la enfermedad, pero resultado al fin.

Así pues, como mejorarle al acreedor-paciente sus posibilidades de salvamento depende exclusivamente de cómo opere el médico cirujano, la diligencia exigida a dicho médico es que vigile la forma en que opera (el desenvolvimiento de su propia conducta) de manera tal que, si acaso el paciente muere luego de la operación, no significará ello el incumplimiento de la obligación del médico cirujano, sino que se creará una presunción de incumplimiento en el sentido que la operación no fue exactamente

ejecutada (por cuanto de haber sido exactamente ejecutada, las posibilidades de salvamento del paciente hubieran aumentado y, normalmente, no hubiera muerto). Sin embargo, el deudor médico (quien es además quien tiene el dominio de los medios de prueba) podrá probar que operó diligentemente, esto es, que operó bien, vigilando el desenvolvimiento de su conducta, brindándole al acreedor-paciente el resultado esperado: mejorar sus posibilidades de salvación que, a la postre, no fueron suficientes para salvar al paciente, resultado éste que nunca estuvo en obligación. Por ello, la denominada prueba de la “ausencia de culpa” no es sino una prueba de diligencia que, en ciertos tipos de obligaciones (aquellas en donde el resultado esperado por el acreedor depende de la forma como cumpla el deudor) representa una prueba del cumplimiento de la obligación.

En conclusión, según Gastón Fernández Cruz<sup>30</sup> debe tenerse en cuenta que en toda obligación existe siempre un resultado, inclusive en las obligaciones médicas, lo que no debe llevar al equívoco de pensar que en esta clase de obligaciones el resultado debido sea asegurar la cura del paciente. Lo que debe resaltarse es el hecho que, en lo que atañe al problema del incumplimiento y de la responsabilidad civil, interesa siempre el análisis de la medida de la diligencia como elemento calificador de la imposibilidad. Hay imposibilidad cuando no se puede obtener el resultado esperado, imposibilidad que puede deberse a causa imputable o no imputable a las partes. Si por ejemplo, en el caso del médico cirujano,

---

<sup>30</sup> FERNANDEZ CRUZ, Gastón; *idem*.

éste no logra probar que “actuó diligentemente” en realidad lo que opera es una imposibilidad de la prestación (no se alcanzó el resultado esperado por el acreedor paciente de mejorar su posibilidad de salvamento) por causa imputable al deudor y éste responde en los siguientes casos:

- Si prueba que operó diligentemente, estaría el deudor médico probando que cumplió la obligación. De no probar su actuar diligente el deudor médico responde en razón a que la obligación se transforma en la de indemnizar daños y perjuicios. El fundamento de la responsabilidad del médico en este caso es la obligación incumplida y no la culpa.
- Si prueba que incumplió la obligación por causa a él no imputable, lo que significaría en este caso aportar la prueba positiva del caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero o hecho de la propia víctima (por ejemplo que se produjo un terremoto que desprendió las luces del quirófano que cayeron, aplastando al paciente), en este caso la obligación se extingue.

Debe asimismo tenerse en cuenta<sup>31</sup> que nuestro Código Civil en materia de responsabilidad contractual recoge a la culpa como factor atributivo de responsabilidad y consagra la teoría de la graduación de la culpa en los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil, estipulando en su artículo 1329 una presunción general de responsabilidad del deudor por culpa

---

<sup>31</sup> SEDANO VASQUEZ, Duncan; *idem*, pag. 110.

leve: *“se presumen que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”*.

Sin embargo es el artículo 1762 del Código Civil dentro de las disposiciones generales de la prestación de servicios, el que regula la prestación de servicios profesionales, entre ellos, la prestación de servicios médicos, en donde, bajo un claro matriz proteccionista “in extremis” de los servicios profesionales se indica: *“.....si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sin en caso de dolo o culpa inexcusable”*.

Concordados ambos artículos citados, nos encontramos ante una primera aproximación al problema de la responsabilidad profesional general en donde, para los servicios contractuales profesionales no se aplicaría la responsabilidad por culpa leve, sino que, en tal caso resultaría de aplicación el texto expreso del artículo 1330 del Código Civil, que indica: *“la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”*. Esto es que, tratándose de prestaciones profesionales y médicas en particular, corresponde al acreedor paciente, víctima de un daño, probar la culpa inexcusable o el dolo del médico para acceder a una indemnización, lo que de por si es un obstáculo para el paciente o sus herederos (en caso de muerte de aquel) ya que todo lo referente a la culpa del médico se relaciona con prácticas y conocimientos científicos a

los que mayormente resulta extraño y no tiene acceso sino por medio de la consulta y colaboración de otros profesionales, los que generalmente se mostrarán renuentes a dictaminar en contra de los intereses de un colega, así como que la mayoría de pruebas están en manos del profesional y es este quien las ha confeccionado. Por lo que ¿cómo prueba el paciente, víctima de un daño, la culpa inexcusable o el dolo del médico?.

En conclusión nos encontramos que la responsabilidad civil médica según nuestra legislación tiene un origen contractual (aún cuando la jurisprudencia más actualizada se inclina de manera optativa entre la responsabilidad civil contractual o extracontractual), la relación obligacional existente entre paciente y médico es una obligación de medios (aún cuando un sector de la doctrina señale que debe analizarse cada caso en particular, a fin de establecer si la obligación era de medios o de resultado) y la responsabilidad del médico es subjetiva, por lo tanto, el profesional de la salud está en la obligación de indemnizar cuando su conducta ha sido dolosa o ha incurrido en culpa leve o culpa inexcusable, debiendo el perjudicado o sus familiares probar el dolo o la culpa inexcusable, presumiéndose la culpa leve, cuya inexistencia le compete probar al médico.

## 6. La Culpa Medica

### 6.1. La culpa

Para que exista obligación de indemnizar un daño no es suficiente haberlo causado, se requiere que en el comportamiento antecedente a la producción del daño, al que éste ha de imputarse objetivamente se pueda encontrar culpa o negligencia. Se trata de un momento ideal que puede calificarse como de “imputación subjetiva” y que trata de establecer un nexo que enlaza el hecho con la personalidad del autor. No sólo si ha sido causado, sino que existan razones para imputarlo, que lo relacionen con la conciencia del causante. El autor es responsable porque no hizo aquello que era necesario, pues si lo hubiera hecho el daño no hubiera ocurrido<sup>32</sup>.

Tradicionalmente la culpa se ha estimado consistía en la omisión de la diligencia debida, dando lugar a una graduación de la culpa, según la diligencia exigible. Esta teoría romanista de los grados de la culpa es más aplicable a la culpa contractual en que el vínculo del contrato permite precisar la diligencia mayor o mejor que fuese exigible. En la culpa extracontractual, sin una regla que marque la debida diligencia, hay que referirse a la conducta del hombre medio, prudente, diligente, el *bonus pater familias*, con cuyo patrón abstracto hay que medir toda conducta ilícita y dañosa para poder afirmar si existió culpa en el agente, según Espín Canovas, citado por Diez-Picazo y Ponce de León<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis; Derecho de Daños, Editorial Civil, pag. 352.

<sup>33</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis; ob. Citada, pag. 353.

Diez-Picazo continúa: al establecer en materia de obligaciones contractuales el modelo de diligencia, se debate si éste debe corresponder a un tipo abstracto (diligencia objetiva) o si debe adecuarse las características de la persona implicada (la llamada diligencia *quam in suis* o diligencia subjetiva). Este debate en materia de obligaciones contractuales tiene sentido toda vez que la relación jurídica se establece con una persona concreta cuya personalidad y características pueden y deben ser conocidas por la otra parte, pero no puede entrar en juego una situación como aquella de la que deriva la responsabilidad civil extracontractual que presupone la ausencia de relación previa entre las partes. Por eso no existe especial dificultad y es unánimemente admitido que en esta última el modelo de diligencia es un modelo abstracto. Por lo demás, es también admitido que el modelo debe basarse en la diligencia media de manera que no sea exigible una diligencia extraordinaria que pueda referirse a personas con extraordinarias capacidades o dotes o que pueda suponer extraordinarios niveles de esfuerzos y de sacrificio. La diligencia que debe ser tomada en cuenta es por consiguiente, la ordinaria de un hombre medio o de una persona razonable, de acuerdo con un tipo medio<sup>34</sup>.

## **6 .2. La culpa profesional**

Alberto Bueres<sup>35</sup> señala que tanto la doctrina francesa como la italiana, a propósito de los médicos, entendieron que la culpa profesional era diferente de la culpa común. Se aducía entre otras razones, que la medicina no era una ciencia exacta o que era un arte o que tenía algo de arte, y que ello

---

<sup>34</sup> DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, Luis; ob. Citada, pag. 361.

<sup>35</sup> BUERES, Alberto J.; Ob. Citada, Pag. 18.



concedía al facultativo una libertad para actuar con una dosis de personalismo difícilmente de ser captado por un profano. De tal manera se separaba la culpa profesional (o culpa médica) de la culpa común o material y se argumentaba que el profesional sólo debía responder de la culpa material, pero no de la culpa profesional.

No obstante la jurisprudencia francesa, pese a que en algunos fallos hizo alusión a la *faute lourde* o a otras expresiones de similares características, nunca habría exigido al profesional un nivel inferior al del médico cuidadoso, diligente, prudente, del ramo. Vale decir que siempre se aplicó el criterio de la culpa leve y si bien se estableció que el juez no puede hacer una valoración científico-médica del dictamen pericial lo cierto es que ello no significa que el referido magistrado no pueda efectuar una valoración jurídica en derredor de la peritación, jurisprudencia que es rechazada por Bueres por brindar un tratamiento privilegiado al profesional de la medicina.

El juez deberá analizar la conducta obrada por el profesional en concreto, a cuyo efecto tendrá en cuenta la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar. Una vez realizada esta operación, el juez imaginará el tipo abstracto que le sirva de comparación. Ese estándar será flexible, variable, fluido y estará referido al obrar de un profesional diligente, prudente, cuidadoso de la categoría o clase a la que pertenezca el obligado.

En cuanto al pensamiento de Demogue, quien consideró que en las obligaciones de resultado la prueba del incumplimiento engendra una presunción de culpa del deudor, la cual sólo puede desvirtuarse a base de la prueba del caso fortuito. En cambio en las obligaciones de medios, el acreedor demandante debe probar en el juicio la culpa del demandado (*faute prouvee*). Dicho pensamiento hoy ha sido superado, pues ahora en las obligaciones de medios hay supuestos en que, patentizada la infracción dañosa, incumbe al demandado suministrar la prueba de su no culpa. En las obligaciones de resultado, en cambio, subsiste el régimen probatorio de Demogue (a despecho de la intrascendencia de la culpa como criterio de imputación)<sup>36</sup>.

Bueres, asimismo destaca como una de las conclusiones de la V Jornadas Rioplatenses de Derecho, San Isidro 1989 y IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, que *cuando la responsabilidad se funda en la culpa ésta debería ser probada -en principio- por el actor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales, y el concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que hace recaer la carga en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar*<sup>37</sup>

### **6.3. La culpa medica**

En la actualidad, y conforme la más calificada doctrina y jurisprudencia no se habla de una culpa profesional como algo distinto de la culpa en general. Por lo

---

<sup>36</sup> BUERES, Alberto J.; ob. Citada, pag. 28.

<sup>37</sup> BUERES, Alberto J.; Ob. Citada, pag. 29.

tanto, la protección del profesional ya no pasa por la exigencia de una falta grave sino por la efectiva constatación de su culpa, cualquiera sea su entidad, aunque también descartando una culpa intrascendente.

En muchas ocasiones la jurisprudencia ha sostenido que no cabe distinguir la llamada culpa profesional de la culpa común. Así por ejemplo se ha sostenido que “en lo referente a la individualización –o apreciación – de la culpa de los médicos, no es dable distinguir una culpa profesional (transgresión de las reglas de orden científico trazadas por el arte médico) de otra supuesta categoría identificada como culpa común.

Por consiguiente, al profesional médico le es exigible todo el conjunto de curas y atenciones que un buen profesional debe prestar con arreglo al nivel actual de la investigación.

**CAPITULO II**  
**LA PRUEBA**

## **CAPITULO II**

### **LA PRUEBA**

#### **1 Concepto, objeto y fin de la prueba**

**1.1.Concepto.-** La conceptualización de la prueba necesariamente se enmarca dentro de la posición que se asuma con respecto al conocimiento de la realidad, Si se piensa que la realidad no se conoce sino que lo que se conoce son ideas, entonces el concepto de prueba tendrá un carácter subjetivo. Si por el contrario, se asume que la realidad es cognoscible y que en consecuencia el pensamiento puede reflejar con la mayor exactitud la realidad, entonces los conceptos de prueba tendrán un carácter objetivo<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy; Teoría de la Prueba, Editorial IDEMSA, PAG. 515.

Chocano citando a Heusler señala que debe distinguirse entre prueba y conocimiento y correlativamente entre medios de prueba y medios de conocimiento, en el sentido que los primeros los suministran las partes y los segundos los elige y los busca el Juez. Y por esto la prueba corresponde a la que la actividad de las partes ofrece y suministra al Juez.

La diferencia entre prueba y conocimiento y entre medio de prueba y medio de conocimiento sobre la base de que los primeros los suministran las partes y los segundos los elige y los busca el juez es algo, admisible. La prueba es conocimiento en si, sólo que lo que es prueba no es el objeto que se quiere probar, la declaración de un testigo veraz es una prueba pero no es el conocimiento que en general se persigue, ya que no se hace un proceso penal para que declare un testigo, sino que el testimonio es el medio por el que se llega al conocimiento del hecho que es objeto de prueba<sup>39</sup>.

Prueba no es lo mismo que certeza o convicción, puesto que el juez puede tener la certeza o estar convencido de algo que no existe en la realidad. El juez puede estar convencido de un hecho falso y no por ello se hace verdadero. Entonces la prueba no es la certeza sino el medio que permite lograrla, cuando la certeza tiene una naturaleza objetiva. Por lo tanto, el concepto de prueba es toda manifestación objetiva que lleva al conocimiento de un hecho.

---

<sup>39</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy; *idem*. Pag. 43.

## **1.2 Objeto de la prueba**

Cuando se habla de objeto de la prueba no contestamos a la pregunta ¿con que se prueba?, ni tampoco a la pregunta ¿con que fin probamos? sino que contestamos a la pregunta ¿que se prueba en el proceso?, es decir que es lo que durante el proceso será materia de probanza.

## **1.3. Fin de la prueba**

La finalidad de la prueba no puede ser otra que la de proporcionar conocimiento, y el único conocimiento que podemos considerar como útil es el verdadero, por lo tanto la finalidad última de la prueba es llevarnos a la verdad. La prueba es una fuente de verdad, los fines concretos de la prueba son determinar si el hecho alegado o demandado es cierto<sup>40</sup>

## **2 Actividad probatoria**

La actividad probatoria tiene diversas fases, así tenemos que en primer lugar las partes ofrecen los medios de prueba, luego el juez los admite, se prueban y finalmente son valorados.

### **2.1. Ofrecimiento**

La oportunidad en que se presenta o propone la prueba en el proceso civil se encuentra limitada a una etapa dentro del proceso la que tiene carácter preclusivo, lo que no ocurre durante el proceso penal, donde la única posibilidad de que precluya la oportunidad de presentar una prueba es

---

<sup>40</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy; *idem.* Pag. 75.

cuando ya se ha dictado sentencia firme y aún en ese caso siempre es posible presentar prueba. En el proceso civil es posible presentar nuevas pruebas fuera de la etapa en que debe hacerse, sólo si se trata de pruebas recientemente producidas.

## **2.2. Admisión**

Ofrecido el medio de prueba viene la fase de admisión por el órgano competente, previamente las partes pueden haber presentado su tachación u oposición a la misma. Las pruebas deben ser **pertinente**, es decir que tenga vinculación con el tema de probanza, debe ser **relevante** es decir que existe una relación del hecho con la imputación y la responsabilidad civil derivada de ella, **útil** es la prueba que contribuye a los fines del proceso, **idónea** es el medio capaz de producir en términos generales el conocimiento deseado, carece de idoneidad el medio que aún siendo lícito no es capaz de producir el conocimiento querido.

## **2.3 Actuación**

Los medios de prueba se actuarán en la audiencia respectiva (en materia civil) una vez que el juez los haya admitido como válidos.

## **2.4. Valoración**

De acuerdo a nuestro Código Procesal Civil el juez los valorará conjuntamente bajo el criterio de la sana crítica<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy; ob. Citada. Pag. 94.



### 3. Clases de prueba

#### 3.1. Declaración de parte

Es el medio probatorio por el cual las partes (demandante y demandante) absuelven posiciones, es decir responde el rol de preguntas presentado por cada una de las partes, adicionalmente el juzgador puede interrogar a fin de un mejor esclarecimiento de los hechos.

#### 3.2. Testimonial

La prueba testimonial es siempre una prueba personal, el testigo es el medio de prueba y la prueba en si es el testimonio. Testigo es cualquier persona que presencia un hecho o que tiene conocimiento de como ocurrieron los hechos. El testimonio debe ser **oral**, lo cual es una característica inherente, pues el testigo hace su declaración sobre los hechos en forma verbal, ante el Juez y en la audiencia respectiva. Otra de las características del testimonio es la **inmediación** pues el juez recibe el testimonio directamente, siendo interrogado según el pliego presentado por la parte quien lo ofrece, sin que ello implique que el juez o las otras partes no puedan por intermedio de juzgador interrogarlo. Las preguntas que se formulen deben ser claras y unívocas, cualquier pregunta que sea capciosa o que no esté relacionada con los hechos deberá ser desechada por el Juez.

#### 3.3. Pericial

La prueba pericial es aquella prueba personal que se realiza sobre un objeto determinado, debiendo anotar que en la relación que existe entre el

perito y el objeto éste último es prueba material para el perito, pero el peritaje es prueba personal para el juez que no percibe el objeto sino el testimonio técnico que se da sobre él. Por ser prueba personal el perito es parte de los testigos, con la diferencia de que es un testigo post factum y requiere de conocimientos que no tienen en general los demás hombres, lo que le da características especiales.

Florian citado por Chocano<sup>42</sup> señala que “es el medio particular empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba para cuya determinación y adquisición se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica”.

### **3.4. Documental**

Se entiende por documento la manifestación de un pensamiento que ha tomado cuerpo en caracteres gráficos y que potencialmente puede servir de prueba. Los documentos pueden ser públicos o privados, serán públicos cuando son redactados por funcionarios públicos y privados si son redactados por particulares.

Toda persona que tenga en su poder un documento tiene la obligación de exhibirlo, esto significa poner el documento a disposición del juez no de manera definitiva sino temporal. Si se trata de documentos privados, su autenticidad puede ser verificada por la vía del reconocimiento que debe hacer el autor del texto o el autor de la firma.

---

<sup>42</sup> CHOCANO NUÑEZ, Percy; *idem*. Pag. 343.

### **3.5. Inspección Judicial**

La inspección es una forma como se percibe la prueba material, por tanto la inspección en si no es prueba, sino que la prueba consiste en los objetos inspeccionados.

### **CAPITULO III**

## **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

### **MEDICA**

### **CAPITULO III**

#### **LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

##### **1. Concepto**

Se entiende por carga de la prueba la obligación que se impone a una de las partes a ofrecer prueba de lo que afirman y sin la cual la afirmación queda privada de toda eficacia y valor jurídico.

Hugo Rodríguez Almada<sup>43</sup>, señala que partiendo de la diferencia entre responsabilidad civil contractual y extracontractual se tiene que en el ámbito de la primera basta probar el incumplimiento de la obligación

---

<sup>43</sup> RODRIGUEZ ALMADA, Hugo; RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ACTO MEDICO.  
[www.elderechodigital.com](http://www.elderechodigital.com)

emanada del contrato, y en el ámbito extracontractual el demandante debe probar la existencia de culpa. Continúa señalando que la condena de una institución asistencial o un médico a resarcir el daño causado a su paciente como consecuencia del acto médico supone la probanza de los elementos básicos de la responsabilidad civil:

- Un hecho ilícito: de éste deriva el daño.
- Una falta médica: que supone la existencia de culpa o “falta del debido cuidado”, que en términos genéricos sería el apartarse de “toda diligencia de un buen padre de familia” y aplicado a la actividad médica implica una acción u omisión, no ajustada a la *lex artis* por negligencia, imprudencia o impericia.
- Un daño: porque siempre la conducta que se reprocha al médico debe ser causante de un daño, entendiendo por tal cualquier menoscabo de tipo físico, psíquico o moral.
- Un nexo causal: el daño referido debe ser consecuencia de la falta médica, lo que tiene considerable importancia práctica desde el punto de vista probatorio.

De acuerdo a nuestro Código Civil, en sede contractual y una vez producido el daño el accionante deberá probar que el médico actuó con culpa inexcusable (negligencia) y el deudor sólo podría exonerarse aduciendo “causa extraña que no le es imputable” (Artículo 1330), al respecto, continua Rodríguez Almada, tratándose del contrato de asistencia médica de una obligación de medios, para demostrar el incumplimiento contractual no basta probar la existencia de daño, sino que se actuó con

“toda la diligencia de un buen padre de familia” para evitar el resultado dañoso. Una vez probada la culpa sólo podrá haber exoneración por causa extraña.

Los medios de prueba desde el punto de vista médico-legal cobran gran importancia, especialmente las pruebas de carácter documental y pericial.

Una sentencia de los tribunales españoles de fecha 16 de setiembre de 1997 (R.J. 1997/8690) señala<sup>44</sup>:

1. Ante todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícito, la carga de la prueba prevista en el artículo 1214 del C.C. en materia de responsabilidad civil médica el actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento reclama y el demandado la extinción de esa obligación por su no cumplimiento, en consecuencia, aquel acto habrá de acreditar no sólo la existencia de la obligación sino que el obligado no ha cumplido por no actuar adecuadamente en la observación de su prestación.
2. Trasladada esta teoría a las clases de responsabilidad contractual y extracontractual, pues en ambas opera.
3. Respecto a la responsabilidad médica, normalmente de tipo contractual, porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de entidad de Seguridad Social o se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será contractual: el actor o paciente habrá de acreditar no sólo el daño sino la autoría y relación de

---

<sup>44</sup> Tomada del archivo electrónico [www.monografías.com](http://www.monografías.com)

causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o “lex artis ad hoc” de ahí que se firme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de la observar esos deberes asistenciales y no el resultado sin derivar el daño o mal de paciente, sin más, la responsabilidad del médico.

4. Cuando se califica la responsabilidad del médico de extracontractual la jurisprudencia ha sostenido la excepción a referida inversión del “onus probandi” o el seguimiento de que “el actor le incumbe la prueba”, con lo que, por este camino, se alcanza igual solución a la de la contractual.
5. Es incorrecto presumir la culpa del médico en base al art. 1183 del C.C. que implica simplificar el problema y desconocer que este artículo sólo se refiere a las obligaciones de dar al incumplirse. Tampoco se presume la culpa del deudor en base al artículo 1098, 1099, 1103 ni 1104 del Código Civil (entiéndase Código Civil Español).

También se debe mencionar que en sede responsabilidad médica (contractual y extracontractual) la culpa requiere relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de probarla el paciente, salvo las excepciones sobre la inversión de la carga de la prueba (o culpa virtual, de la cual se hablará mas adelante).

No puede olvidarse que la carga de la prueba se atribuye a la víctima y así lo contemplan la STS de 16 de octubre de 1989 y 24 de mayo de 1990 que afirman que “en los supuestos de responsabilidad por infracción de deberes profesionales o de la lex artis no es de general aplicación la inversión de la



carga de la prueba. Siendo entonces el paciente el que debe probar la relación de causalidad y de la culpa.

Tal y como se ha evidenciado en este escrito, la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, estando obligado solamente a proporcionar al enfermo todos los cuidados que éste requiera, según el estado de la ciencia y la denominada *lex artis ad hoc*.

Según sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de Tribunal Argentino: “En la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menor objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, admitida para otros supuestos; corriendo finalmente a cargo del demandante la carga de la prueba de la existencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre ésta y el resultado dañoso.

Marcela Giusti Pareja<sup>45</sup> precisa: por regla general en un proceso civil la carga de la prueba recae en aquella persona que alega hechos que configuran su pretensión, de manera tal que ante la ausencia de prueba, el Juez sentencia en su contra. Trasladando esta regla a los procesos de mala praxis médica, en los que se pretende una indemnización por los

---

<sup>45</sup> GUSTI PAREJA, Marcela: IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLINICA EN LOS PROCESOS SOBRE RESPONSABILIDAD MEDICA, archivo electrónico [www.fihu-diagnostico.org.pe](http://www.fihu-diagnostico.org.pe).

daños y perjuicios sufridos a raíz de un acto médico, hasta hace unos años la posición unánime de la doctrina y la jurisprudencia señalaba que correspondía al paciente probar cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil:

- a) Los elementos objetivos: la ocurrencia del daño, el hecho generado de éste último, la relación de causalidad entre el hecho generador del daño.
- b) Los elementos subjetivos: la determinación del causante del daño y el factor de atribución de responsabilidad.

Sin embargo, la propia práctica de los Tribunales ha ido evidenciando que colocar la carga de la prueba en la cabeza del paciente demandante significa, de un lado, un serio obstáculo para obtener una adecuada reparación y de otro, proveer de inmunidad a médicos negligentes. La razón estriba en que la probanza de cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad civil, en particular, aquellos casos referidos a la relación de causalidad entre el hecho generador del daño y el daño sufrido y la negligencia del médico, entraña suma dificultad para el paciente demandante, si se tiene en cuenta que son el médico y el establecimiento de salud, quienes conservan toda la materia del proceso y, la mayor parte de los actos médicos que derivan a una demanda de mala praxis médica son intervenciones quirúrgicas que ocurren cuando el paciente se encuentra inconsciente y los únicos que saben a ciencia cierta lo sucedido, son los potenciales responsables del daño<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> GUISTI PAREJA, Marcela; archivo electrónico citado.

El destacado jurista argentino Roberto Vázquez Ferreyra citado por Marcela Giusti indica *“esta prueba de culpa en los casos de responsabilidad médica puede suponer un serio obstáculo para la justa reparación del paciente lesionado en sus derechos. En la práctica muchas veces esta difícil carga probatoria se convierte de facto en una sustancial inmunidad de médicos negligentes....En definitiva, la prueba de la culpa profesional puede llegar a convertirse en una prueba diabólica pues está en cabeza de quien muchas veces cuenta con menores elementos para defender sus intereses*<sup>47</sup>.

Como respuesta a la dificultad probatoria que enfrenta el demandante en un proceso de mala praxis médica, la doctrina y la jurisprudencia internacionales han ido esbozando una serie de soluciones para superar esta situación de desventaja en perjuicio de paciente-victima que tienden a la inversión de la carga de la prueba, en lo que atañe a la culpa y a la relación causal en los procesos de mala praxis médica, con el objeto de facilitar el acceso a los pacientes a demandantes a una indemnización justa.

Teniendo en cuenta este giro en lo que toca a la carga de la prueba en los procesos de mala praxis médica, es necesario poner de relieve que hoy es al profesional médico a quien compete aportar al proceso judicial todos aquellos medios probatorios que le permitan acreditar su diligencia, dentro

---

<sup>47</sup> GUISTI PAREJA, Marcela; archivo electrónico citado.

de los cuales una historia clínica bien elaborada y documentada tiene singular importancia en la medida en que en ella se recoge o debería recogerse, la descripción pormenorizada de todo el iter de la atención médica (desde el interrogatorio inicial al paciente hasta el diagnóstico final, el tratamiento, indicando su evolución) de manera tal que el Juez pueda reconstruir lo sucedido haciéndose una idea lo más cercana posible de la conducta del juez tratante.

## **2. La Culpa Virtual**

Alberto Bueres<sup>48</sup> señala que en el derecho español, y en relación con el artículo 1902 del Código Civil (español) similar al artículo 1109 del Código Civil Argentino antiguamente se exigía la prueba de la culpa a la víctima. Pero desde hace varios años, por aplicación de los *principios de expansión de la carga probatoria o de la regla pro damnato* se considera por la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que es al demandando a quien incumbe demostrar su diligencia.

Esta inversión de la carga probatoria -como suele pragmáticamente afirmarse- no entraña un trastocamiento de la obligación de medios, que incuestionablemente surgía a consecuencia de la originaria interpretación del art. 1902 del C.C. (la víctima ha de probar la negligencia), en una obligación de resultado. No existen diferencias entre el artículo 1902 -con arreglo a uno u otro régimen probatorio-, ni tampoco las hay entre el deber de conducta allí consagrado y el que emerge del deber de conducta allí

---

<sup>48</sup> BUERES, Alberto J.; ob. Citada, pag. 73.

consagrado y el que emerge del artículo 1382 del Código francés o nuestro artículo 1109 -en cuyos dominios el demandante tiene que probar la culpa del demandado, según lo admiten las opiniones doctrinales y pretorianas<sup>49</sup>.

Desde otra perspectiva, el deber asumido por el médico es considerado en general, lo cual significa que existen algunas excepciones, como una obligación de actividad. De ahí que se entendió siempre o casi siempre, que el paciente tiene que probar la culpa del facultativo. Sin embargo, en Francia, con cierta frecuencia se decidió, por aplicación de la teoría de la ***faute virtuelle*** o de la ***présumption de faute***, que, patentizado el daño, incumbe al médico dar la prueba de que cumplió (no culpa) o de que este conocimiento proviene de una causa ajena. También la Corte de Casación italiana recogió la idea en un fallo del 21 de diciembre de 1978. Y, asimismo en España y para algunos supuestos puntuales, se invirtió la carga probatoria de la culpa galénica, bien por las dificultades demostrativas con que se enfrenta el paciente -una fase del amplio espectro que ocupa el *pro damnato*-, sea por aplicación analógica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo con respecto al artículo 1902 del Cod. Español.

En torno a esto último, en Argentina aún cuando la opinión autoral mayoritaria conceptúa que el paciente debe probar la culpa médica, lo real es que alguna opinión autorizada por cierto, abogó aplicar la tesis de la presunción *iuris tantum* (desvirtuable por la no culpa). No obstante el art.

---

<sup>49</sup> BUERES, Alberto J., ob. Citada, pag. 73.

1625 punto 2° del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, en cuanto para el caso de controversia ponía a cargo del profesional la prueba de la no culpa (art. 513 del referido proyecto) fue recibido con beneplácito por casi todos los autores.

En definitiva, estimamos que, cualquiera que sea la directiva probatoria, la obligación del médico -que es el ejemplo paradigmático elegido- es invariablemente de medios. En rigor, siempre está en juego la culpabilidad del deudor y esto es lo que vale<sup>50</sup>

### **3. Importancia de la Historia Clínica en materia probatoria**

Rodríguez Almada<sup>51</sup> señala que la historia clínica es el principal documento probatorio en los juicios por responsabilidad médica. Habitualmente su incorporación al expediente es el primer gesto del Juez al tomar contacto escrito de demanda. Su valor como medio de prueba radica en que fue confeccionada con un fin esencialmente asistencial y, por lo general, con bastante antelación a la llegada del caso a los estrados judiciales. Por otra parte, el hecho de ser un documento elaborado unilateralmente por una de las partes (el médico) le otorga para algunos autores un carácter de “confesión anticipada y por escrito”.

Se ha dicho que lo no consignado en la historia equivale a no realizado por el médico. Con más precisión, puede sostenerse que lo que no consta en la historia clínica se presume como no realizado, pudiendo probarse lo

---

<sup>50</sup> BUERES, Alberto J; ob. Citada, pag. 74.

<sup>51</sup> RODRIGUEZ ALMADA, Hugo; archivo electrónico citado.

contrario por otros medios, lo que de hecho muchas veces resulta difícil. De ello se desprende la importancia de una correcta historia clínica como parte del acto médico. En particular, cuando la institución niega con cualquier fundamento la realización de determinados medios diagnósticos o terapéuticos indicados por el médico, éste debe documentar adecuadamente la situación en la historia clínica a fin de salvaguardar su responsabilidad.

Marcela Giusti Pareja<sup>52</sup> indica que un médico citado por Roberto Vásquez Fereyra ha dicho que: *la confección misma de la historia clínica es muy importante, pues hay que tener en cuenta que otras personas que acceden a este documento, no son médicos, más aún quien finalmente dictaminará, en una controversia o investigación penal, es precisamente una persona no médica, por lo tanto es necesario que, tengamos presente la posibilidad real del impacto subjetivo que causará a dichas personas, quienes aún conscientemente harán un primer juzgamiento a priori de la posible personalidad de quienes hayan intervenido en su confección”.*

La historia clínica debe contener necesariamente los siguientes datos:

- a. Información de índole administrativa tal como el nombre del establecimiento de salud de que se trate y la identificación de la historia clínica a fin de facilitar su rápida ubicación.
- b. Los datos de filiación del paciente. Deberá consignarse en la historia el nombre completo del paciente, su estado civil, lugar de nacimiento, de

---

<sup>52</sup> GIUSTI PAREJA, Marcela; archivo electrónico citado.

residencia, grado de instrucción, datos que son claves en determinadas circunstancias, pues por ejemplo hay enfermedades propias de determinadas áreas geográficas que tardan mucho tiempo en manifestarse, si el paciente porta una enfermedad adquirida en su lugar de nacimiento o residencia estos dos datos permiten entender porque el médico diagnostica en el paciente una enfermedad que no es propia de la zona en que reside.

- c. Antecedentes fisiológicos y patológicos (personales y familiares) del paciente, estos datos son de señalada relevancia en el diagnóstico debido a que muchas enfermedades están condicionadas por determinadas circunstancias personales o familiares del individuo.
- d. Información sobre la enfermedad actual, dejándose constancia del interrogatorio al que se somete al paciente, los síntomas que reporta, el resultado del examen clínico físico y el diagnóstico provisional del médico. Debe dejarse indicado cual es el diagnóstico definitivo y el tratamiento que se prescribe para combatir la enfermedad.
- e. En caso de derivación a cirugía deberá anotarse que se da al paciente una explicación pormenorizada de todos los riesgos de la intervención, conservando el consentimiento informado del paciente por escrito.
- f. Respecto de la propia intervención quirúrgica: debe consignarse los datos personales del equipo de cirugía, la secuencia de la operación para permitir que cualquier tercero pueda reconstruir como se desarrolló la intervención quirúrgica, debiendo obrar el parte anestésico y además el examen anatomopatológico del órgano extraído de ser el caso.



- g. Con posterioridad a la intervención quirúrgica debe consignarse en la historia clínica el seguimiento y control del paciente, la asignación de ubicación dentro del establecimiento, si se lo remite a cuidados intensivos, sala de recuperación de la anestesia o al pabellón del que proviene. Debe anotarse el régimen de visitas, la evolución y la verificación de las secuela post-operatorias, la fecha de alta y firma del profesional que la ordena.
- h. En caso de deceso las causas del mismo o autopsia, de ser necesario.
- La historia clínica deberá ser firmada por cada uno de los facultativos que intervienen en ella, y a la fecha y hora del hecho del que se da cuenta<sup>53</sup>.

#### **4. Importancia del peritaje médico**

Todo médico puede ser llamado a realizar un peritaje en un caso de responsabilidad médica. Se entiende la prueba pericial como “una opinión fundada de una persona especializada en ramas del conocimiento que el juez no está obligado a conocer” es una “prueba fundamentada, a diferencia del testimonio, que se refiere a hechos percibidos sensorialmente por quien lo presta y que deberá dar la versión como lo percibió”, así cuando más técnica es la cuestión sometida a decisión judicial, mayor importancia cobra la pericia judicial. De ahí que la pericia médica sea uno de los medios de prueba decisivos en los juicios de responsabilidad médica. La naturaleza técnica del acto médico toma fundamental la opinión de los peritos que, si bien no obliga al juez, le exigirá una debida fundamentación para apartarse de sus conclusiones<sup>54</sup>.

---

<sup>53</sup> GUISTI PAREJA, Marcela: archivo electrónico citado.

<sup>54</sup> RODRIGUEZ ALMADA, Hugo; archivo electrónico citado.

## 5. Las cargas probatorias dinámicas

Como ya se ha visto la carga de la prueba puede definirse como aquella obligación que tienen las partes de demostrar lo afirmado en su demanda o en su contestación.

El artículo 196° del Código Procesal Civil establece:

*“Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.*

Ello quiere decir que al paciente o su familia le corresponde probar la culpa del profesional de la salud, así como probar el daño y el nexo causal si quiere que sus pretensiones sean acogidas, ello quiere decir que si el paciente no logra acreditar dentro del proceso que el medico fue imprudente, negligente o imperito este no podrá ser obligado a resarcir el perjuicio ocasionado.

Juan Alberto Rambaldo señala que la doctrina de las cargas probatorias dinámicas produce un verdadero salto cualitativo .... lo sustancialmente trascendente no se encentra en el hecho de que coloca la carga de la prueba en la cabeza de ambas partes, puesto que este avance teorico ya había sido concebido con anterioridad por otros autores, sino – y

fundamentalmente – porque lo ubica primordialmente sobre aquella *que se encuentre en mejores condiciones para producirla*<sup>55</sup>.

La teoría de la carga dinámica se basa en principios de solidaridad, equidad e igualdad material de las partes dentro de los procesos judiciales y propende porque en cada caso concreto, la demostración de ciertos hecho esté a cargo del demandante, otras del demandado, de acuerdo con quien este en mejor posición de allegar al proceso las pruebas correspondientes, para que de esa manera el juzgado alcance la certeza requerida para emitir su sentencia<sup>56</sup>.

La teoría de la carga dinámica supone la repartición de las cargas probatorias entre medico y paciente de acuerdo a las situaciones particulares de cada proceso, y no supone pues, establecer reglas inamovibles sobre la parte que deberá demostrar ciertos hechos.

Así son elementos importantes de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, los siguientes:

1. La carga de la prueba recae sobre quien esta en mejor posición de probar.
2. La distribución de las cargas se hace en cada caso concreto.

---

<sup>55</sup> Rambaldo, Juan Alberto en Cargas Probatorias Dinámicas, Autores Varios, Rubinzal Cuilzoni Editores, pag.29

<sup>56</sup> Rosero Díaz del Castillo, Catalina; Cuando el Estado falla en la prestación del servicio médico, ¿a quien corresponde probarla?; en Revista Medico Legal N° 04, pag. 25

3. La teoría en si misma no establece presunciones en contra de las partes.<sup>57</sup>

La autora refiere que en Colombia se ha venido aplicando la teoría en sede administrativa para casos de responsabilidad del Estado, algo que también ocurre pero en sede judicial en España y Argentina.

Ahora, nadie puede negar que existe dificultad probatoria, por ello la necesidad de introducir la teoría de las cargas probatorias dinámicas, y avanzando un poco más planteamos que se modifique el artículo 196 del Código Procesal Civil.

Surge la interrogante de porqué modificar el Código Procesal Civil, si las Cargas Probatorias Dinámicas se han venido aplicando a nivel jurisprudencial según se puede apreciar de las Sentencias N° 1776-2004-AA/TC caso de Víctor Augusto Morales Medina, en cuyo fundamento 50 establece:

*“La doctrina de las cargas probatorias interviene para responder a una concepción del derecho dúctil y una concepción mas dinámica del devenir del proceso, tal como lo amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de indole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo”.*

---

<sup>5757</sup> Rosero Diaz del Castillo, ob. Citada.

Además, también ha sido invocada por nuestro Tribunal Constitucional en los expedientes N° 0041-2004-AI/TC, 0053-2004-AI/TC y por INDECOPI en la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI.

Sin embargo, consideramos que si se consagrara legislativamente constituiría una solución para aquellos casos de dificultad probatoria como el expuesto.

## **ANALISIS Y DISCUSION DE RESULTADOS**

A nivel jurisprudencial contamos con antecedentes que nos demuestran lo difícil que es probar en materia de responsabilidad civil de los médicos, así tenemos:

- Expediente N° 132-87- LIMA, que declara NO HABER NULIDAD en la resolución de vista, en los seguidos por Eduardo Heredia Bonilla con Nueva Clínica Villarán Sociedad Anónima sobre Indemnización, en esta jurisprudencia se evidencia la dificultad en el tema de la prueba siguiendo el esquema tradicional.
- Casación N° 1312-96 seguida por Norman Evaristo Cabrera Cabrera y otra contra el Instituto Peruano de Seguridad Social, que resuelve declarar INFUNDADO el recurso de casación, no casar la sentencia y en consecuencia infundada la demanda.
- Casación N° 549-2005-LIMA que decide no casar una sentencia que ordeno pagar al medico Oscar Gavilano Gutiérrez solidariamente con la Clínica Ricardo Palma la suma de s/. 59,320 nuevos soles.
- Casación N° 458-05-LIMA en el que la Sala decidió no casar una sentencia que dispuso solamente indemnizar el daño emergente y el lucro cesante mas no el daño moral, proceso seguido contra la Clínica San Lucas.

Por ello planteamos una modificación al artículo 196° del Código Procesal Civil, el cual quedara redactado de la siguiente manera

**Artículo 196:**

***La carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.***

***Empero el Juez puede disponer la repartición de la carga de la prueba cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos.***

## CONCLUSIONES

1. El actuar de los médicos se desarrolla dentro de una relación contractual, la obligación de los médicos importa una obligación de medios, con excepción de la medicina autosatisfactiva cuya obligación es de resultados.
2. Dada la expansión de los centros médicos estatales, particulares y los seguros médicos, el tradicional medico de cabecera ha sido desplazado por médicos que muchas veces en la próxima cita no atienden al paciente, despersonalizándose la relación entre ambas.
3. Existe dificultad probatoria en los casos de responsabilidad civil medica, por cuanto la carga de probar recae en el paciente o su familia quien por ejemplo no dispone de la historia clínica, exámenes de laboratorio, exámenes radiológicos, prueba de singular importancia para determinar la responsabilidad.
4. La jurisprudencia nacional e internacional nos informan de procesos en los cuales el dañado tuvo dificultades para probar lo que recayó en sentencias desfavorables.
5. Las teorías de la pruebas actuales contienen las cargas probatorias dinámicas, mediante la cual quien se encuentra en mejor condición probatoria debe proceder a probar los hechos, lo que traería grandes cambios en la sentencias.



## **RECOMENDACIONES**

1. La propuesta de modificación del Código Procesal Civil resultara de mucha utilidad para soluciones los procesos de responsabilidad civil médica.
2. Consideramos importante que la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo a través de su Facultad de Derecho haga suya la propuesta y la canalice a través de los legisladores del Departamento de Lambayeque.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### LIBROS

**AUTORES VARIOS;** Responsabilidad profesional de los médicos; obra colectiva dirigida por Oscar Ernesto Garay, Editorial la Ley, Buenos Aires – Argentina, 2004, Tomos I, II y III.

**AUTORES VARIOS;** La responsabilidad civil y la persona en el Siglo XXI, Libro Homenaje a Carlos Fernandez Sessarego, Editorial Idemsa, 2010, Tomos I y II, 1050 pag.

**AUTORES VARIOS;** Persona, Derecho y Libertad, Libro Homenaje a Carlos Fernandez Sessarego, Editorial Motivensa, 2009, 957 pag.

**AUTORES VARIOS;** Negocio jurídico y Responsabilidad Civil, Libro Homenaje a Lizardo Taboada Cordova, Editorial Grijley, 2009, 768 pag.

**AUTORES VARIOS;** Cargas probatorias dinámicas, obra colectiva dirigida por Jorge W. Peyrano; Rubinzal Culzoni Editores, 2004, 638 páginas.

**AUTORES VARIOS;** El Observatorio Civil, Volumen IV LA PERSONAL, Volumen III RESPONSABILIDAD CIVIL, Motivensa.

**AUTORES VARIOS;** Responsabilidad Civil por daños; Grijley Editores, Tomo 5, 2006.

**ALTERINI, Atilio Anibal y LOPEZ CABANA, Roberto;** La Responsabilidad, Homenaje al profesor Isidoro Goldenberg; Abeledo Perrot Editores, Buenos Aires – Argentina, 897 paginas.

**ALPA GUIDO y OTROS;** Estudios sobre la Responsabilidad Civil, Ara Editores, Lima - Perú; 398 páginas.

**ARIANO DEHO, Eugenia;** Problemas del proceso civil, Jurista Editores, Lima – Perú, 2003.

**BLAS ORBAN, Carmen;** Responsabilidad profesional del médico, enfoque para el siglo XVI; J. M. Bosch Editor; Sevilla – España, 384 pag. 2003.

**BELLO JANEIRO, Domingo;** Responsabilidad Civil del Medico y de la Administracion; Jurista Editores, Lima – Peru, 2012.

**BUERES, Alberto;** Derecho de Daños, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina; 616 páginas.

**CHOCANO NUÑEZ, Percy;** Teoría de la Prueba, Editorial IDEMSA, Lima - Perú, 515 páginas.

**DEBIDO PROCESO, Realidad y debido proceso, El debido proceso y la prueba,** Autores varios, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires – Argentina, 387 páginas.

**DÖHRING, Erich;** La Prueba; Valleta Ediciones, Buenos Aires, Argentina, 364 paginas.

**DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON;** Derecho de Daños; Civitas Ediciones, Madrid - España; 367 páginas.

**GHERSI, Carlos Alberto;** Teoría General de la reparación de los daños; Editorial Astrea; Buenos Aires - Argentina; 606 páginas.

**KADAGAND LOVATON, Rodolfo y CABRERA DE KADAGAND, Fiorella;** Responsabilidad Penal del Médico; Editorial Rodhas, Lima – Perú, 2002, 397 páginas.

**FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos;** La responsabilidad civil del medio y el consentimiento informado, Motivensa Editora, 2011, 733 paginas.

**LORENZETTI, Ricardo Luis;** Responsabilidad Civil de los Médicos; Editora Jurídica Grijley, Lima – Perú, 2005, 509 páginas.

**POSNER, Richard A.,** El análisis económico del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F. – México, 1998, 682 pag.

**RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MEDICOS, Etica, Bioética y Jurídica: Civil y Penal;** Coordinador: Oscar Ernesto Garay, Tucumán – Argentina, Editorial La Ley, 1493 páginas, 2003.

**TABOADA CORDOVA, Lizardo;** Elementos de la Responsabilidad Civil, Editora Grijley, Lima - Perú; 135 páginas.

**WOOLCOOT OYAGUE, Olenka;** La responsabilidad civil de los profesiones; Ara Editores, 1era. Edición, Lima - Perú, 2002, 581 páginas.

**YUNGANO, Arturo Ricardo;** Responsabilidad profesional de los médicos; Editorial Universidad; Buenos Aires - Argentina; 265 páginas.

**VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique;** Derecho Medico Peruano, Grijley Editores, Lima, 2006.

**VISINTINI, Giovanna;** Tratado de la Responsabilidad Civil, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, Tomo 1 (396 pag. ), Tomo 2 (517 pag.), 1999.

## ARTICULOS

**ALARCON RANGEL, Teófilo;** A propósito del seguro médico obligatorio – alcances legales en materia civil que afectan el acto médico indebido, Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica, Tomo N° 122 – Enero 2004.

**BARCHI VELAOCHAGA, Luciano,** Responsabilidad civil en la atención médico quirúrgica de emergencia, Diálogo con la Jurisprudencia N° 22, Julio 2000, pág. 40 y ss.

**CASTILLO FREYRE, Mario y CESPEDES SUZUKI, Erika;** Características del Contrato Médico, Actualidad Jurídica – Gaceta Jurídica, Tomo N° 116, Julio 2003.

**DIAZ DEL CASTILLO, Catalina;** Cuando el Estado falla en la prestación del servicio medico ¿a quien corresponde probarla?, Revista Medico Legal, N° 4, pag. 24 y siguientes .

**ESPINOZA ESPINOZA, Juan;** La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales, en Diálogo con la Jurisprudencia N° 30, Marzo del 2001, pag. 61 y ss.

**FERNANDEZ CRUZ, Gastón;** Responsabilidad Civil Médica, Tomo 1 Gaceta Jurídica.

**GONZALES CACERES, Alberto;** ¿En qué consiste el acto médico?, Actualidad Doctrinaria, Gaceta Jurídica N° 138, Mayo 2005.

**POSNER, Richard A.;** El análisis económico del Derecho en el common law, en el sistema romano germánico y en las naciones en desarrollo, Revista de Economía y Derecho UPC, Vol. 2 N° 7, 2000.

**SEDANO VASQUEZ, Duncan;** La responsabilidad civil médica en el Perú; Revista Jurídica del Perú, N° 36, página 108.

**VASQUEZ FERREYRA, Roberto;** La importancia de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica. Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica N° 44, Julio 1997.

**VEGA MERE, Yuri;** Breve Panorámica de la Responsabilidad Civil en el Derecho Peruano, Gaceta Jurídica, Tomo 70-B, pág. 9.

## LINKOGRAFIA

[www.bioetica.org](http://www.bioetica.org). **ANDREAU DE BENNATO, Mirtha**; LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS EN LA TOMA DE LAS DECISIONES MÉDICAS.

[www.ama-med-org.ar](http://www.ama-med-org.ar)., **DO PICO, Juan Carlos y DO PICO MAI, Carlos**; CIRUGÍA Y MALA PRAXIS,

[www.fihu.diagnostico.com.pe](http://www.fihu.diagnostico.com.pe). **GIUSTI PAREJA, Marcela**; LA IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS PROCESOS SOBRE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

[www.ama.med.org.ar](http://www.ama.med.org.ar), **IRAOLA, Lidia Nora y GUTIERREZ ZALDIVAR, Hernán**; UNA SENTENCIA PARA LA DOCENCIA MÉDICA.

[www.monografias.com](http://www.monografias.com)., **GARCIA, Carmen**, LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA.

[www.bioetica.org](http://www.bioetica.org), **LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, Javier**; EL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA,

[www.geosalud.com/malpraxis](http://www.geosalud.com/malpraxis), **PONCE MALAVER, Moisés**, RESPONSABILIDAD MÉDICA,

[www.elderechodigital.com](http://www.elderechodigital.com), **RODRIGUEZ ALMADA, Hugo**; RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL ACTO MÉDICO,

[www.smu.org.uy](http://www.smu.org.uy), **RODRIGUEZ ALMADA, Hugo**; LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA.

[www.aap.org.ar](http://www.aap.org.ar), **SEOANE, Paula**; LA CULPA MÉDICA.

[www.aeds.org/congreso5](http://www.aeds.org/congreso5), **YAGUEZ, Ricardo de Angel**, RESPONSABILIDAD MÉDICA E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA: ¿UNA NUEVA ORIENTACIÓN JURISPRUDENCIAS?

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **YEPES RESTREPO, Sergio**; PARALELO ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA EN EUROPA Y COLOMBIA, publicada en la revista virtual REVISTA MEDICO LEGAL,

[www.justiciachaco.gov.av](http://www.justiciachaco.gov.av), **II JORNADAS INTERPROVINCIALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO**, ponencia presentada por el Dr. Ricardo Ariel Gonzáles Zund: LA PRUEBA DE LA CULPA MEDICA: CARGA PROBATORIA. DISTINTAS POSICIONES. RESEÑAS JURISPRUDENCIALES.

[www.justiciachaco.gov.ar](http://www.justiciachaco.gov.ar), **GONZALES ZUND, Ricardo Ariel**, IMPORTANCIA DE LA HISTORIA CLINICA. SU VALOR PROBATORIO, Introducción. Consideraciones previas.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **ROSERO DIAZ DEL CASTILLO, Catalina y MANSILLA, Carlos José**: CUANDO EL ESTADO FALLA EN LA PRESTACION DEL SERVICIO MEDICO ¿A QUIEN CORRESPONDE PROBARLA?.

[www.aaba.org.ar](http://www.aaba.org.ar), **CONCLUSIONES DEL V CONGRESO DE DERECHO DE DAÑOS**: Comisión Nº 2: RESPONSABILIDAD MEDICA. Relación de causalidad y factores de atribución. Carga probatoria.

[www.ama-med.org.ar](http://www.ama-med.org.ar), **SENDAS SENTENCIAS QUE AMERITAN LA ATENCIÓN DE LOS PATOLOGOS.**

[www.yaber.com.ar](http://www.yaber.com.ar), **YABER, Daniel D.**, CARGAS PROBATORIAS DINAMICAS EN EL PROCESO DE DAÑOS.

[www.gracielaamedina.com](http://www.gracielaamedina.com), **MEDINA, Graciela y GARCIA SANTAS, Carlos**; RESPONSABILIDAD DE LOS PROFESIONALES.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **SANCHO GARGALLO, Ignacio**, TRATAMIENTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **JANSEN, Nils**; ESTRUCTURA DE UN DERECHO EUROPEO DE DAÑOS, Desarrollo histórico y dogmática moderna.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **KOCH, Bernhard A.**; LA LABOR DEL EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. LA CUESTION DE LA “RESPONSABILIDAD OBJETIVA”.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **GOMEZ POMAR, Fernando**; CARGA DE LA PRUEBA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **GOMEZ POMAR, Fernando**; LA NOCION DEL DAÑO PURAMENTE ECONOMICO: UNA VISION CRÍTICA DEDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **LUNA YERGA, Alvaro**; OLVIDO DE UNA GASA DURANTE UNA INTERVENCION QUIRURGICA.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **LUNA YERGA, Alvaro**; PARALISIS CEREBRAL DE RECIEN NACIDA COMO CONSECUENCIA DE LA DURACION EXCESIVA DEL PARTO.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **LUNA YERGA, Alvaro**; UNA RODILLA POR OTRA.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **LUNA YERGA, Alvaro**; FRACTURA DE RODILLA EN ACCIDENTE DE ESQUI Y RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICO – SANITARIA.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **LUNA YERGA, Alvaro**; REGULACION DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA LEC, en particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico – sanitaria.

[www.indret.com](http://www.indret.com), **PINTOS AGER, Jesús**; BAREMOS.

[www.sireme.org.uy](http://www.sireme.org.uy), **KVITKO, Luis Alberto**; FACTORES DE LA CAUSALIDAD MEDICO LEGAL.

[www.sireme.org.uy](http://www.sireme.org.uy), **VASQUEZ FERREYRA, Roberto**; CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS POR MALA PRAXIS MEDICA.

[www.sireme.org.uy](http://www.sireme.org.uy), **VELOSO DE FRANCA, Genival**; SOCIALIZACION DEL RIESGO MEDICO.

[www.sireme.org.uy](http://www.sireme.org.uy), **ADRIASOLA, Gabriel**; ALCANCES DEL SECRETO PROFESIONAL DEL MEDICO.

[www.sireme.org.uy](http://www.sireme.org.uy), **GALAN C.ORTES, Julio César**; EL SISTEMA DE BAREMOS PARA LA CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS PERSONALES.

[www.anestcadiz.com](http://www.anestcadiz.com), INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LA CULPA VIRTUAL.

[www.medspain.com](http://www.medspain.com), **GUZMAN MORA, Fernando**; CRITERIOS PARA DEFINIR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ACTO MEDICO.

[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br), **CHAPARRO CACERES, Lino**; ANALISIS, ESTUDIO Y VALORACION DEL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO.

[www.saludline.com.ar](http://www.saludline.com.ar), **MARIO SAMUEL, Osvaldo**; EDUCACION Y CAPACITACION EN LA PREVENCIÓN DE LA MALA PRAXIS.

[www.saludline.com.ar](http://www.saludline.com.ar), **RIVERA, Germán y CANEPARO BAUDIN, Rubén**; MALA PRAXIS MEDICA.

[www.saludline.com.ar](http://www.saludline.com.ar), **RIERA, Luis Alfredo**; RESPONSABILIDAD MEDICA – MALA PRAXIS.

[www.saludline.com.ar](http://www.saludline.com.ar), **RIERA, Luis Alfredo**; LA HISTORIA CLINICA: DOCUMENTAL MEDICA.

[www.smu.org.uy](http://www.smu.org.uy), RESPONSABILIDAD LEGAL MEDICO ODONTOLOGICA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURIDICO.

[www.scielo.cl](http://www.scielo.cl), **TAPIA RODRIGUEZ, Mauricio**; RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA: RIESGO TERAPEUTICO, PERJUICIO DE NACER Y OTROS PROBLEMAS.

[www.monografias.com](http://www.monografias.com), RESPONSABILIDAD PROFESIONAL, ANALISIS, GENERAL Y CRITERIOS.

[www.infomed.sld.cu](http://www.infomed.sld.cu), **GOMEZ PADRON, María Virginia y SOSA ROSALES, Carlos Alberto**; LA COMUNICACIÓN HUMANA EN LA RELACION MEDICO PACIENTE.

[www.geosalud.com/malpraxis/seguromedico](http://www.geosalud.com/malpraxis/seguromedico), **SOLANO PORRAS, Julián**, EL SEGURO CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO.

[www.hmabbb.gov.ar](http://www.hmabbb.gov.ar), BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPORTANCIA Y EL VALOR JURIDICO DE LA HISTORIA CLINICA.

[www.revistapersona.8k.com](http://www.revistapersona.8k.com), **SOTO, Francisco de Asis**; LA HISTORIA CLINICA EN LOS FALLOS DE LA CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL DE LA CIUDAD ARGENTINA DE BUENOS AIRES.

[www.cuadernosbioetica.org](http://www.cuadernosbioetica.org), **GOBATO, Alan Carlos**; CONTRATOS DE SALUD. CONTRATO DE ASISTENCIA MEDICA, ANALISIS IUSPRIVATISTA DE LA RELACION CONTRACTUAL MEDICO – PACIENTE.

[www.medynet.com](http://www.medynet.com), **SISO, Juan**; ASPECTOS LEGALES DE LA PRACTICA MEDICA.

[www.pliegosdeopinion.net](http://www.pliegosdeopinion.net); **ALCALA RAMIREZ, Rafael**, ASPECTOS LEGALES DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA.

[www.elderechodigital.com](http://www.elderechodigital.com), **VENTURINI, Beatriz**; RESPONSABILIDAD MEDICA EN LAS MEDICINAS ALTERNATIVAS.

[www.odontomarketing.com](http://www.odontomarketing.com), **CACERES FREYRE, Franklin**, APUNTES SOBRE LA MALA PRACTICA MEDICA.

[www.bahaidream.com](http://www.bahaidream.com), **CONVERSEY, Martin**; IMPORTANCIA DE LA PRUEBA PERICIAL CUANDO SE DEMANDA POR RESPONSABILIDAD MEDICA (Mala Praxis).

[www.medilex.cl](http://www.medilex.cl), RESPONSABILIDAD MEDICA: CRECIENTE AUMENTO DE DEMANDAS EN CONTRA DE MEDICOS Y CENTROS HOSPITALARIOS.

[www.alterini.org](http://www.alterini.org), **SEGUI, Adela**; ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MODERNA.



[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **ARISTIZABAL MARIN, Harold**; EL “OBLITO QUIRURGICO” Y LA RESPONSABILIDAD DEL EQUIPO QUIRURGICO.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **PEÑA APONTE, Luis Gonzalo**; COMO EXONERARSE DE RESPONSABILIDAD.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **GUZMAN MORA, Fernando, FRANCO DELGADILLO, Eduardo y ARRAZOLA JARAMILLO, Fernando**; EL DEBER DE CUIDADO EN LOS PROFESIONALES DE LA SALUD.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **RAMIREZ MAYA**; FALLO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RELACION CON LOS CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto**; EL PRINCIPIO DE CONFIANZA Y SU IMPORTANCIA FRENTE AL TRABAJO EN EQUIPO DENTRO DEL ACTO MEDICO.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **SOLORZANO GARAVITO, Carlos Roberto**; IMPUTACION OBJETIVA PARA EL ACTO MEDICO.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **BOLIVAR GOEZ, Piedad Lucia**; LOS PROFESIONALES DE LA SALUD EN EL SISTEMA DE SALUD.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **VALENCIA PINZON, Giovanni**; LA LEX ARTIS.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **ACEVEDO, Jorge Fernando**; ASPECTOS CARACTERISTICOS DE LAS DEMANDAS CONTRA PROFESIONALES DE LA SALUD EN ANTIOQUIA, 1992-2002.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **LOPEZ ORDOÑEZ, Mario Andres y MANRIQUE BACCA, Iván**; DEMANDAS A PROFESIONALES DE LA SALUD.

[www.medicolegal.com.co](http://www.medicolegal.com.co), **RAMIREZ GOMEZ, José Fernando**; EVOLUCION JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

[www.comunidad.vlex.com](http://www.comunidad.vlex.com), **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique**; MEDICINA, RESPONSABILIDAD Y DAÑOS.

## **OTROS**

**Carrasco Perera, Angel**; RESPONSABILIDAD MEDICO SANITARIA: UN MODELO DE FUNDAMENTACION A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA, ponencia presentada en el II CONGRESO INTERNACIONAL DE

DERECHO DE DAÑOS, realizado en Chiclayo del 3 al 5 de noviembre del 2005.

**JURAMENTO HIPOCRATICO.**